Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts

INAUGURAL-DISSERTATION

Zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Carl Decurtins

von

SEDRUN / TAVETSCH GR

Zürich 1956

DRUCK: KREUTLER'S ERBEN, ZÜRICH 7

Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im System der Vertragsverletzungen des schweizerischen Obligationenrechts

INAUGURAL-DISSERTATION

Zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

vorgelegt von

Carl Decurtins

von

SEDRUN / TAVETSCH GR

Zürich 1956

DRUCK: KREUTLER'S ERBEN, ZÜRICH 7

«Die Fakultät hat diese Arbeit am 5. Juli 1956 auf Antrag von Prof. Dr. HANS MERZ als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.»

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1 Einleitung

ERSTER TEIL : Unmöglichkeit und Verzug 5—53

1. Abschnitt

Die Lehre von der Unmöglichkeit der Erfüllung 5—26

§ 2. Die ursprüngliche Unmöglichkeit 5
I. In objektiver Hinsicht 5
II. In subjektiver Hinsicht (Unvermögen) . . 7

§ 3. Die nachträgliche Unmöglichkeit 9
I. Die unverschuldete Unmöglichkeit 9
1. Der Grundsatz von OR 119 9
2. Das Einstehen mit dem stellvertretenden Commodum 11
II. Die verschuldete Unmöglichkeit 12
1. Die gesetzliche Haftung (OR 99) 12
2. Die vertragliche Haftung 14
3. Die Haftung für Hilfspersonen (OR 101) 15

§ 4. Besondere Unmöglichkeitstatbestände 16
I. Unmöglichkeit bei Gattungsschulden 16
1. Die reine Gattungsschuld 16
2. Die begrenzte Gattungsschuld 18
II. Die teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung 19
1. Bei Unteilbarkeit der Leistung 19
2. Bei Teilbarkeit der Leistung 20
a) Die Wirkung der unverschuldeten teilweisen Unmöglichkeit
b) Die Wirkung der verschuldeten teilweisen Unmöglichkeit
III. Die zeitweise und die dauernde Unmöglichkeit 22
IV. Das Verschulden bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo) 24
V. Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten 25

2. Abschnitt

Der Schuldnerverzug und das Vorgehen nach OR 107 ff. 26—53

§ 5. Die Voraussetzungen des Verzuges 26
I. Die Fälligkeit der Leistung 26
II. Die Mahnung des Gläubigers 27
III. Die Voraussetzungen der Entbehrlichkeit der Mahnung 28
IV. Die Bedeutung des Verschuldens 28

§ 6. Die Wirkungen des Verzuges (OR 103) 29
I. Die Haftung für Zufall 29
II. Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung 30
III. Der Entlastungsbeweis 30

§ 7. Die besonderen Rechte des Gläubigers bei zweiseitigen Verträgen (OR 107 ff.) 30
I. Der zweiseitige Vertrag 31
1. Die Reihenfolge der Erfüllung 32
2. Das Angebot der Leistung 32
3. Der Schutz der vorleistungspflichtigen Gegenpartei (OR 83) 33
II. Die Fristansetzung 34
1. Der Zeitpunkt der Fristansetzung 34
2. Der Inhalt der Fristansetzung 34
3. Die Angemessenheit der Frist 35
a) Die zu kurze Frist
b) Die zu lange Frist
4. Die richterliche Fristansetzung 37
5. Die Einhaltung der Frist 37
6. Die mehrmaligen Fristansetzungen 38
7. Die Voraussetzungen der Entbehrlichkeit der Fristansetzung 39
III. Das Vorgehen des Gläubigers nach Ablauf der Frist bis zum Zeitpunkt der Wahlerklärung gemäss OR 107 40
1. Die gesetzliche Vermutung 40
2. Das Beharren auf Realexekution 42
3. Die unverzügliche Verzichterklärung 42
a) Der Zeitpunkt der Abgabe der Verzichterklärung
b) Der Inhalt der Verzichterklärung
IV. Die engere Wahlerklärung, d. h. die Wahl der zweiten oder dritten Variante des dreifachen Wahlrechts 44
1. Allgemeines 44
2. Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung 45
3. Der Rücktritt nach OR 109 49
V. Zur Frage der Auslegung der Wahlerklärung 51

ZWEITER TEIL

Die positiven Vertragsverletzungen und die Erfüllungsverweigerung im besonderen 53—80

Erster Abschnitt

Die positiven Vertragsverletzungen 54—62

§ 8. Begriff und Bedeutung der positiven Vertragsverletzungen 54
I. Begriff 54
II. Rechtsfolgen 54
III. Bedeutung 55

§ 9. Die im OR geregelten «positiven Vertragsverletzungen» 57
I. Allgemeines zu den «positiven Vertragsverletzungen» im schweizerischen Recht 57
II. Zuwiderhandlungen gegen selbständige Unterlassungspflichten 58
III. Die nicht gehörige Erfüllung 60

Zweiter Abschnitt

Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im besonderen 62—80

§ 10. Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als Vertragsverletzungstatbestand 62
I. Der Tatbestand der endgültigen Erfüllungsverweigerung 62
1. Die Fälle der nicht endgültigen Erfüllungsverweigerung 63
2. Fälle der endgültigen Erfüllungsverweigerung 64
II. Die Vertragstreue des Gläubigers 66

§ 11. Die Erfüllungsverweigerung in der schweizerischen Doktrin und Praxis 67
I. Die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit der Leistung 67
1. Die Erfüllungsverweigerung nach Verzugseintritt 67
2. Die Erfüllungsverweigerung vor Verzugseintritt 68
II. Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung 68
1. Die Stellungnahme der schweizerischen Doktrin 68
2. Die Stellungnahme der schweizerischen Praxis 72

§ 12. Die analoge Anwendung von OR 107 ff. auf die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung 73
I. Die Entbehrlichkeit der Mahnung und Fristansetzung im Sinne des Verzugsrechtes 73
II. Die Notwendigkeit der unverzüglichen Verzichterklärung nach OR 107 75
III. Die engere Wahlerklärung nach OR 107 77

§ 13. Ergebnis 79

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547620_0133

§ 1 Einleitung

Die zentrale Aufgabe, mit der sich diese Arbeit befassen will, ist die Untersuchung der Wirkungen der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung.

Das setzt voraus, dass in einem ersten Teil die beiden im allgemeinen Teil des OR ausführlich geregelten Vertragsverletzungstatbestände Unmöglichkeit und Verzug in den Grundzügen dargestellt werden.

Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung kann kein Verzugstatbestand sein; denn Verzug setzt Fälligkeit der Leistung zwingend voraus. Sie braucht auch nicht zwingend ein Unmöglichkeitstatbestand zu sein; denn nicht immer steht hinter der Erfüllungsverweigerung wirkliches Nichtleisten k ö n n e n. Die Darstellung dieser beiden Grundtypen der Vertragsverletzungen ist aber notwendig, um die Grundlage zu haben zur Prüfung der Frage, inwieweit Unmöglichkeits- und Verzugsregeln bei der Erfüllungsverweigerung eventuell analog herbeigezogen werden können.

Im zweiten Teil der Arbeit soll vorerst ein Ueberblick gegeben werden über jene Vertragsverletzungen, welche sich ohne Zwang weder unter den Begriff der Unmöglichkeit noch unter jenen des Verzuges subsumieren lassen. Es sind dies die sog. «positiven Vertragsverletzungen». Im zweiten Abschnitt des zweiten Teils ist dann auf die Hauptfrage einzutreten, nämlich ob auch die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit eine solche positive Vertragsverletzung sei, und wenn ja, welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben.

Unmöglichkeit und Verzug

1. Abschnitt

Die Lehre von der Unmöglichkeit der Erfüllung

§ 2 Die ursprüngliche Unmöglichkeit

I. In objektiver Hinsicht.

Ein Vertrag ist nichtig, wenn er einen unmöglichen Inhalt hat (OR 20 I). Betrifft der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre (OR 20 II) [1]).

Nach OR 20 I (vgl. BGB § 306) verhindert die im Augenblick der Begründung der Obligation vorhandene objektive Unmöglichkeit grundsätzlich die Entstehung des Schuldverhältnisses [2]). Objektive Unmöglichkeit liegt vor, wenn im Zeitpunkt der Verpflichtung die den Gegenstand des Vertrages bildende Leistung nach der Verkehrsanschauung für jedermann praktisch undurchführbar ist [3]). Je individueller die Leistung bestimmt ist, desto eher kann der Begriff der objektiven Unmöglichkeit zutreffen [4]). Auf den Grund der Unmöglichkeit kommt es nicht an [5]). Es ist gleichgültig, ob die Unmöglichkeit eine juristische ist [6]) — nicht zu verwechseln «mit der verbotenen und demgemäss rechtswidrigen Leistung» [7]) — oder ob sie «gegen die Regeln der Logik, der Arithmetik oder der

1) Eingehender über die Teilunmöglichkeit § 4 II 2.
2) Vgl. v. Tuhr/Siegwart I 214 ff.; Oser/Schönenberger Art. 20 N 1 ff.; Becker Art. 20 N 1 ff.; Enneccerus/Lehmann II § 29 122.
3) Larenz I § 7 54, 55; Heck § 46 139; Enneccerus/Lehmann II § 29 125.
4) Kress I 104.
5) v. Tuhr/Siegwart I 244; Oser/Schönenberger Art. 20 N 3.
6) Vgl. BGE 36 II 41, 199.
7) Merz VSJ 76 417a.

Naturgesetze verstösst» [8]). Nach Oftinger [9]) braucht es, damit man von einer iuristischen Unmöglichkeit sprechen kann, «nicht nur eine rechtliche Norm, sondern dazu noch die tatsächliche behördliche Unmöglichmachung des Rechtsgeschäfts, die zum Vollzug der betreffenden Rechtsnorm erfolgt. Wenn also z. B. ein Ausfuhrverbot für eine bestimmte Ware besteht, so muss vorgesehen sein, dass sie tatsächlich an der Grenze zurückbehalten wird; wenn eine Ware der Pfändung oder Beschlagnahme unterliegt, so muss sie tatsächlich in behördlichen Gewahrsam genommen worden sein. Im anderen Fall, wo allein die Bestimmung der Rechtsordnung besteht, also z. B. das Ausfuhrverbot ohne entsprechende organisatorische Massnahme oder die Beschlagnahmeverfügung ohne Ingewahrsamnahme der Ware, handelt es sich um die Frage, ob ein Verbot übertreten worden ist, und das ist nichts anderes als die Frage der Widerrechtlichkeit im Sinne von OR Art. 20» [10]).

Nach BGB § 308 I steht die zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene Unmöglichkeit der Leistung der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit behoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, dass die Leistung möglich wird. Auch kann eine unmögliche Leistung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangtermins [11]) gültig versprochen werden. Der Vertrag ist aber nur dann gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins behoben wird (BGB § 308 II) [12]). Wirksam ist das Versprechen, beschlagnahmte Ware für den Fall der Freigabe durch den Träger der Beschlagnahme zu liefern [13]) oder die Lieferungsabrede auf den kommenden Juli, wenn das Einfuhrverbot am letzten Dezember des laufenden Jahres abläuft [14]).

Die Praxis gewährt im Anschluss an die Nichtigerklärung eines Vertrages einen Schadenersatzanspruch aus OR 41 wenn die eine Partei die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder kennen musste (jede Fahrlässigkeit genügt) und die andere Partei in entschuldbarer Weise im Irrtum war [15]). Zu ersetzen ist der Vertrauensschaden [16]).

---

8) Oftinger ZSR 57(NF) 500 a. Kisch APC VII (2) 8 9, Kleineidam APC VIII (1) 21 halten die Unterscheidung in tatsächliche und iuristische Unmöglichkeit für überflüssig. Vgl. auch Becker Art. 97 N 13.

9) Oftinger ZSR 57 (NF) 527 a f., 772 a.

10) Vgl. Merz VSJ 76 417 a N 34; v. Tuhr Siegwart I 244 N 69; vgl. BGE 36 II 199, 42 II 482.

11) Gemeint ist die Befristung und nicht bloss die Betagung. Kress 108.

12) Oser/Schönenberger Art. 20 N 3; v. Tuhr/Siegwart I 245 N 75.

13) RG 102 255.

14) Brecht JhJ 53 277; vgl. v. Tuhr/Siegwart I 245 N 74.

15) BGE 45 II 553; BlZüR 11 Nr. 122 199.

16) Oser/Schönenberger Art. 20 N 12; v. Tuhr Siegwart I 246. Eingehender über die culpa in contrahendo vgl. § 4 IV dieser Arbeit.

II. In subjektiver Hinsicht (Unvermögen).

Eine Unmöglichkeit nur subjektiver Natur liegt vor, wenn eine an sich mögliche Leistung versprochen wird, aber der Schuldner im Zeitpunkt der Verpflichtung diese Leistung nicht erbringen kann [17]). Die Hindernisse liegen in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners, die Leistung ist gerade diesem Schuldner unmöglich [18]). Diese Hindernisse begründen keine Unmöglichkeit im Sinne von OR 20. Der Schuldner bleibt trotz der subjektiven Unmöglichkeit zur Leistung verpflichtet, d. h. er muss für sein eigenes Leistungsvermögen im Augenblick des Vertragsabschlusses unbedingt einstehen [19]), er haftet für seine eigene Leistungsfähigkeit [20]).

Die ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit kommt also praktisch der verschuldeten nachträglichen gleich. Nach Heck darf der Masstab der Beurteilung, ob ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit vorliegt oder nicht, ein strengerer sein als in den Fällen der nachträglichen Unmöglichkeit : «Die Kenntnis der Gegenwart kann in grösserem Umfang gefordert werden, als die Voraussicht der Zukunft» [21]). Der Gläubiger hat das Recht, auf die subjektiv unmögliche Leistung zu klagen, was praktisch bedeutet, dass der Schuldner Schadenersatz zu leisten hat und zwar, nach herrschender Doktrin und Praxis, das Erfüllungsinteresse [22]).

Von der Praxis wurde Schadenersatzpflicht bei ursprünglicher subjektiver Unmöglichkeit in den folgenden Fällen bejaht : Veräusserung einer Sache, über die der Schuldner zu verfügen nicht berechtigt war [23]). Vorbehaltlose Eingehung einer Lieferpflicht, trotzdem vorausgesehen werden kann, dass die Ware infolge eines den Schuldner treffenden Boykottes oder aus anderen Gründen (z.B. Einfuhrschwierigkeiten, Streik) eventuell nicht zur Verfügung stehen wird [24]). Vorbehaltlose Eingehung eines (neuen) Mietvertrages, bevor feststeht, wie sich das Mietamt zur erfolgten Kündigung stellt [25]). Eingehung einer (selber nicht erfüllbaren) Solidar-

17) v. Tuhr/Siegwart I 245; Becker Art. 97 N 77; Merz VSJ 76 414 a; Kleineidam APC VII (1) 46.
18) Vgl. Enneccerus/Lehmann II § 29 124; Larenz I § 7 54; Stoll Leistungsstörungen 32.
19) Vgl. N 18; Oser/Schönenberger Art. 20 N 7.
20) Vgl. RG 69 357. Auf die Leistungsfähigkeit vertraut der andere und muss vertrauen können (vgl. Larenz I § 7 55; Kress 113 ff.).
21) Heck § 48 142.
22) v. Tuhr/Siegwart I 245; vgl. Larenz I § 7 55.
23) BGE 29 II 516 (in casu : Holzlieferungsvertrag ; zur Zeit des Vertragsabschlusses war dem Schuldner von seinem Lieferanten das fragliche Holz «noch nicht durch die übliche Einmessung übertragen worden»).
24) BGE 36 II 396, 42 II 379, 28 II 250, 43 II 178, 48 II 215; ZBJV 58 142 (144); JZ 8 24; Oftinger ZSR 57 592 a N 311; Becker Art. 97 N 87; JZ 1 8, 3 212.
25) BGE 47 II 201.

schuld im Vertrauen darauf, dass der Mitschuldner erfüllt [26]). Verpflichtung zu einer Leistung, zu der einem die nötigen Sachkenntnisse fehlen (und die geschulten Arbeitskräfte dafür nicht zur Verfügung stehen) [27]).

Nach Kleineidam ist der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses auch dann nicht ausgeschlossen, wenn der Gläubiger das Unvermögen des sich Verpflichtenden beim Geschäftsabschluss kannte : «In dem blossen Vertragsschluss trotz Kenntnis des schuldnerischen Unvermögens kann allerdings eine Verletzung von Treu und Glauben des Verkehrs liegen, aber wir können doch nicht stets und unter allen Umständen eine solche darin finden, wenn wir in Erwägung ziehen, dass ja eine Erfüllung durch Dritte statthaft ist. Es wird vielmehr stets auf die konkreten Verhältnisse, insbesondere darauf ob etwa bewusstes Verschweigen in Benachteiligungsabsicht auf seiten des allein über das Unvermögen unterrichteten Gläubigers vorliegt, ankommen, wenn man dem Schuldner gegen dessen Anspruch eine Einrede gewähren will» [28]).

Auch nach Oser/Schönenberger ist ein Vertrag nicht schon unter allen Umständen deshalb nichtig, weil der Gläubiger das Unvermögen der sich verpflichtenden Gegenpartei kannte : «Denn er durfte ja annehmen, bis zur Erfüllung werde sie sich die Mittel zur Leistung verschaffen. Trifft dies nicht zu, so wird man allerdings das Zustandekommen eines Vertrages verneinen dürfen, weil der ernstliche Verpflichtungswille fehlte» [29]). Im oben zitierten Entscheid des Bundesgerichtes (BGE 36 II 396) [30]) machte der Schuldner geltend, eine ausdrückliche Uebertragung der betreffenden Klausel (beschränktes Bezugsrecht) sei deshalb nicht nötig gewesen, weil der Gläubiger seine Abhängigkeit von dem Lieferanten und die Lieferungsbedingungen des letzteren kannte. Es stand aber fest, dass der Gläubiger zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht gewusst hat, dass sich der Schuldner den Lieferungsbedingungen des Lieferanten unterzogen habe. Unter diesen Umständen hatte der Gläubiger keinen Anlass, sich um die fraglichen Bedingungen, welche der Schuldner ihm nicht ausdrücklich überbunden hatte, irgendwie weiter zu kümmern [31]).

---

26) BlZüR 7 Nr. 82 173.

27) BlZüR 8 Nr. 159 350. Weitere Beispiele der Bejahung der Schadenersatzpflicht bei ursprünglicher subjektiver Unmöglichkeit : ZBJV 38 14 (16); BlZüR 11 Nr. 122 199; 12 Nr. 81 110; 18 Nr. 126 237, Nr. 139 270, Nr. 153 290/91; 19 Nr. 40 68/69, Nr. 100 189, Nr. 122 239, 20 Nr. 102 193, Nr. 172 327; 21 Nr. 34 67, Nr. 37 84, Nr. 48 121; 40 Nr. 56 133; VAargR 19 Nr. 7 19; JZ 16 227; vgl. Becker Art. 103 N 2 f.

28) Kleineidam APC VII (1) 49.

29) Oser/Schönenberger Art. 20 N 8.

30) Vgl. N 24 dieser Arbeit.

31) Vgl. BGE 39 II 65, 42 II 285; ZBJV 38 14.

§ 3 Die nachträgliche Unmöglichkeit [1])

I. Die unverschuldete Unmöglichkeit [2]).

1. Der Grundsatz von OR 119.

Soweit durch die Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen. Einer nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht — im Gegensatz zur ursprünglichen Unmöglichkeit — das nachträgliche Unvermögen gleich [3]). Der Tatbestand der Unmöglichkeit im Sinne von OR 119 setzt voraus, dass es sich um eine Speziessache oder begrenzte Gattungsschuld handelt. Bei den (später zu behandelnden) Gattungsschulden fällt die Lieferungspflicht nur ausnahmsweise dahin. In der Regel treten die Folgen der Nichterfüllung nach OR 107 ein.

OR 119 regelt das Nichtleisten k ö n n e n nach der Entstehung des Schuldverhältnisses [4]). Merz [5]) ist gegen die Gleichsetzung der sog. Unerschwinglichkeit der Leistung mit der Unmöglichkeit nach OR 119 [6]). Die Unerschwinglichkeit will das Nichtleistensollen begründen und «aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeitslehre kann solchen besonderen Umständen lediglich gemäss Art. 99 III OR durch Ermässigung des Schadenersatzes Rechnung getragen werden» [7]). Nicht unmöglich, sondern nachträglich unsittlich ist die «Verpflichtung zu einer künstlerischen Leistung (Konzert- oder Theaterengagement), wobei am Tage der Aufführung ein besonders schwerer Schicksalsschlag den Künstler trifft ... Der persönliche Einsatz, den die vertragliche Leistung voraussetzt, verträgt sich nicht mit der anderweitigen und übermächtigen Beanspruchung der persönlichen Gefühle des Verpflichteten, denen der Vorrang zuerkannt wird» [8]). «Lässt sich die Annahme einer eigentlichen

1) Ueber die Voraussetzungen des richterlichen Eingriffs in die Verträge wegen vor der Erfüllungszeit eintretenden aussergewöhnlichen Veränderungen vgl. die Arbeiten (und die dort erwähnten Literaturangaben) von Siegwart Festgabe Freiburg 77 ff., Oftinger JZ 36 229, Merz VSJ 76 394 a ff. Ferner Enneccerus Lehmann II § 41 167 (Fussnote), Larenz I § 20 177 und Kegel Gutachten 203 f.

2) Vgl. v. Tuhr/Siegwart II 572 ff.

3) Oser/Schönenberger Art. 97 N 3.

4) Merz VSJ 76 415 a.

5) Merz a. a. O. (vgl. auch Oftinger JZ 36 245, Siegwart Festgabe Freiburg 130).

6) Vgl. Enneccerus/Lehmann II § 29 124 und K.O. Bierschenk Vertragstreue Diss. Marburg 1933 56 ff.

7) Merz a. a. O. Vgl. v. Tuhr Siegwart I 244 f. und Siegwart Festgabe Freiburg 121 ff., 162 ff.

8) Merz a. a. O. Vgl. Larenz I § 10 84 und Stoll Leistungsstörungen 121

Unsittlichkeit nicht rechtfertigen ... so wird man bei der Verpflichtung zu bloss einmaliger Leistung eher geneigt sein, die Schadenersatzpflicht des Künstlers, wenigstens für das negative Vertragsinteresse, zu bejahen, weil das Zusammentreffen von Hinderungsgrund und Zeitpunkt der Vertragserfüllung als ganz aussergewöhnliche Koinzidenz in seinen Gefahrenkreis gehört . . .» [9]).

Um festzustellen, ob ein wirkliches Nichtleistenkönnen vorliegt, muss man sich sämtliche Momente der in Frage kommenden Leistungspflicht — Quantität, Qualität, Ort und Zeit der Leistung — vergegenwärtigen und danach prüfen, ob sich alle diese Momente verwirklichen lassen oder nicht [10]).

Hat der Schuldner die nach Abschluss des Vertrages eintretende tatsächliche oder iuristische Unmöglichkeit nicht zu vertreten, so wird er frei. Insofern trägt der Gläubiger die Leistungs- oder Sachgefahr [11]). Nach v. Tuhr/Siegwart wird man unter Umständen eine Verpflichtung des Schuldners annehmen müssen, den Gläubiger von einer eingetretenen Unmöglichkeit zu benachrichtigen : «Wenn der Verkäufer den Käufer auf Lieferung warten lässt, während die Sache bereits untergegangen ist, so sehe ich darin nicht bloss eine Rücksichtslosigkeit, sondern eine zu Schadenersatz verpflichtende Verletzung einer aus dem Schuldverhältnis sich ergebenden Nebenpflicht» [12]). Auch nach Enneccerus Lehmann wird aus der Verpflichtung, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben es erfordern, häufig die Pflicht des Schuldners abzuleiten sein, den Gläubiger zu benachrichtigen, wenn Umstände eintreten, welche die Möglichkeit der Erbringung der Leistung ernstlich befürchten lassen [13]). Aus Treu und Glauben im Verkehr ergibt sich unter Umständen auch eine Verpflichtung zu Rettungsmassnahmen [14]). In all diesen Fällen kann durch eine verhältnismässig mühelose Handlung ein bedeutendes Interesse des Gläubigers gewahrt werden [15]).

Der bei unverschuldeter Unmöglichkeit frei werdende Schuldner verliert, wenn ein zweiseitiger Vertrag vorliegt, seine Gegenforderung, und eine bereits empfangene Gegenleistung ist als ungerechtfertigte Bereicherung (condictio ob causam finitam OR 62 II) zu-

9) Merz a. a. O. 469 a f.
10) Kleineidam APC VII (1) 14 ff.
11) Larenz I § 20 172.
12) v. Tuhr/Siegwart II 572 N 4, I 167 N 22; Oftinger ZSR 57 593 a; Becker Art. 119 N 10 (Anzeigepflicht besteht nur, wenn dem Gläubiger der Verhinderungsgrund nicht bekannt ist oder nicht bekannt sein muss); Heck § 30 91; Titze 107; Oertmann I § 275 150.
13) Enneccerus Lehmann II § 46 192. Vgl. Alberti Die Mitteilungspflicht über Unvermögen oder Unmöglichkeit und ihre Verletzung ArchZivPra 118 141 ff. Klein, Peter Anzeigepflicht im Schuldrecht (Berlin 1908) 112 f.
14) Becker Art. 119 N 11; RG 103 149.
15) v. Tuhr/Siegwart I 49 N 47 a.

rückzugeben (OR 119 II, BGB § 323). Ausgenommen sind nach OR 119 III die Fälle, in denen die Gefahr nach Gesetzesvorschrift [16]) oder gemäss vertraglicher Abrede ab Vertragsschluss auf den Gläubiger übergeht (z. B. die Vereinbarung, dass der Mietzins auch dann bezahlt wird, wenn der Mieter die Sache nicht weiter benützt).

2. Das Einstehen mit dem stellvertretenden commodum.

Tritt in das Vermögen des Schuldners an Stelle des geschuldeten Gegenstandes ein Ersatz oder Ersatzanspruch (z. B. eine Schadenersatzklage gegen einen Dritten), so ist der Gläubiger berechtigt Herausgabe des Ersatzes [17]) bzw. Abtretung des Ersatzanspruches zu verlangen. Das ergibt sich aus Sinn und Zweck des Art. 119 OR [18]). Der Ersatz bedeutet das wirtschaftliche Aequivalent, welches an die Stelle eines anderen wirtschaftlichen Gutes in das Vermögen des Schuldners tritt [19]). Die Obligation erlischt somit nicht vollständig, sondern ändert nur den Gegenstand [20]).

Die wichtige Frage, ob auch ein Gewinn herauszugeben ist, beantwortet das Bundesgericht in einem Entscheid bejahend [21]) und in einem anderen verneinend [22]). Nach herrschender deutscher Doktrin und Praxis erstreckt sich «die Herausgabepflicht grundsätzlich auf den durch Rechtsgeschäft erzielten Gegenwert ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger einen solchen Ertrag hätte erzielen können» [23]), der Schuldner muss, «wenn er weniger bekommt, als die Sache wert war, nicht m e h r als er bekommen hat, muss aber umgekehrt, wenn er einen besonders hohen Gegenwert erlangt hat, das Erlangte in voller Höhe . . . herausgeben» [24]).

---

16) Kauf (OR 185); vgl. v. Tuhr Siegwart II 576; unser Gesetz steht hier im Gegensatz zu BGB § 446 trotz mehrfacher gegenteiliger Anregung, vgl. F. Fick Kommentar zum OR (Zürich 1911) Art. 185 N 6 und Merz VSJ 76 430 a N 52. 441 a N 70; Tausch (OR 237), einfache Gesellschaft (OR 531 III).

17) Ueber die verschiedenen Surrogate vgl. v. Tuhr Siegwart II 573; Enneccerus Lehmann II § 64 193 ff.; Kisch APC VII (2) 200 ff.; Heck § 34 104.

18) BGE 43 II 233, 46 II 436, 51 II 175; BlZüR 20 Nr. 117 234.

19) Kleineidam APC VII (1) 116.

20) BGE 46 II 436; Becker Art. 119 N 1; Kisch APC VII (2) 203 f.

21) BGE 43 II 234; BlZüR 20 Nr. 117 234 (Herausgabe des rechtsgeschäftlich erzielten Gegenwertes an den Gläubiger, soweit der Gewinn einer angemessenen Ausgleichung des diesem aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens dient); Oser/Schönenberger Art. 119 N 14; vgl. Siegwart Festgabe Freiburg 129.

22) BGE 46 II 436 (Hier wird dem Käufer der Gewinn des Verkäufers infolge Nichtlieferung von Garnen abgesprochen).

23) Enneccerus/Lehmann II § 46 194.

24) Larenz I § 20 173; a. M. Heck § 34 105 (vgl. dazu Enneccerus Lehmann a.a.O.); vgl. auch Kress 407 N 27; Kisch APC VII (2) 212 f., 221. Becker Art. 97 N 4: Im Auslandsverkehr ist die Ersatzleistung durch den Clearing an den Gläubiger zu bezahlen, wenn die Hauptleistung über den Clearing geht. Becker Art. 97 N 5: Die für den Erfüllungsanspruch bestellten Sicherheiten haften, soweit nichts anderes vereinbart ist, auch für den Ersatzanspruch.

Bei synallagmatischen Verträgen kann der Gläubiger zwischen Dahinfallen des Vertrages oder Herausgabe des Surrogates wählen (muss diesfalls aber selbstverständlich seine eigene Leistung in natura erbringen) [25]).

II. Die verschuldete Unmöglichkeit.

Nach OR 97 hat der Schuldner, wenn die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht bewirkt werden kann, für den daraus entstandenen Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Im Verschuldensfall tritt an Stelle der primär geschuldeten Leistung subsidiär eine andere, nämlich Schadenersatz. Der Gläubiger kann im Synallagma entweder das positive Interesse fordern oder vom Vertrag zurücktreten (wie beim Verzug) [26]). Die von v. Tuhr Siegwart [27]) vertretene andere Ansicht, wonach der Gläubiger nur Anspruch auf das positive Interesse habe, lässt sich kaum rechtfertigen, denn sie würde bedeuten, dass der Gläubiger, dessen Schuldner die völlige Unmöglichkeit der Leistung verschuldet hat, schlechter gestellt ist, als jener, dessen Schuldner lediglich nicht zur Zeit geliefert hat.

1. Die gesetzliche Haftung (OR 99).

Der Schuldner haftet im allgemeinen für jedes Verschulden — vorsätzliche und fahrlässige Nichterfüllung —, er hat alles zu tun, was zur Erbringung der geschuldeten Leistung erforderlich ist, und alles zu unterlassen, was die Bewirkung der Leistung gefährden könnte [28]). Er darf die Vorbereitung der Erfüllung nicht zu lange hinausschieben [29]), muss sie intensiv betreiben, z. B. gegenüber seinem Lieferanten ihm zustehende Rechtsmittel mit aller Schärfe verwenden [30]). Das Verschulden des Schuldners besteht «in absichtlicher oder fahrlässiger Unterlassung der Massregeln, welche zur rechtzeitigen Erfüllung notwendig waren, wobei der Schuldner mit der Möglichkeit des Eintretens unerwarteter Hindernisse rechnen muss und daher mit seinen Vorbereitungen zur Leistung nicht erst im letzten Augenblick beginnen darf» [31]).

Den Schuldner, der den Erfolg, das Bekommensollen des Gläubigers, herbeizuführen verpflichtet ist, trifft z. B. beim Kauf «be-

25) Vgl. Larenz § 21 187.
26) Oser/Schönenberger 97 N 9 b; ZBJV 66 178.
27) v. Tuhr/Siegwart II 546.
28) Vgl. v. Tuhr/Siegwart I 365 ff.; Becker Art. 97 N 70 ff.
29) BlZüR 21 Nr. 34 67.
30) BGE 45 II 321.
31) v. Tuhr/Siegwart II 585 N 3, I 32/33.

reits vom Abschluss an ein Soll der Rechtsordnung» [32]), seine «Sorgfaltspflicht beginnt mit dem Vertragsabschluss» [33]). Er ist nicht «nur demnächst verpflichtet, die Verursachung des Erfolges vorzunehmen, sondern alsbald verpflichtet, die Bedingungen zu schaffen und zu erhalten, ohne welche hernach die Bewirkung selbst nicht geschehen kann» [34]). Der Nachweis, dass die Erfüllung sehr schwierig gewesen ist, entbindet den Schuldner nicht von der Erfüllungspflicht [35]). Einige Beispiele aus der Praxis : Der Schuldner bleibt bei bevorstehendem Einfuhrverbot verpflichtet, wenn er die Massregeln unterlassen hat, die ihm die Lieferung ermöglicht hätten [36]); er muss sich rechtzeitig mit Waren oder Rohstoffen eindecken, falls deren künftige Beschaffung gefährdet ist [37]); lassen sich die Schwierigkeiten durch Umstellung eines nicht sehr bedeutenden Teils des Fabrikationsbetriebes beseitigen, dann ist diese Betriebsumstellung vorzunehmen [38]); wird eine geschuldete Sache beschlagnahmt, dann haftet der Schuldner, wenn er das Einschreiten der Obrigkeit verschuldet hat, z. B. die Beschlagnahme wegen Verdacht des Preiswuchers vorgenommen wurde [39]). Befindet sich die Sache bei Vertragsabschluss in der Verfügungsgewalt des Lieferanten des Schuldners, so muss er erklären, dass er lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch gegen einen Dritten auf die Ware besitze [40]); er haftet, wenn er sich um die Beschaffung der Ware bemüht hat und diese trotz aller Sorgfalt nicht beschaffen konnte infolge von Mangel an Geld [41]) oder Kredit oder deshalb, weil ein Vorrat, den er in sicherer Aussicht hatte, unterging [42]); auch eine Preissteigerung für sich allein ist kein Befreiungsgrund für eine vertraglich übernommene Verpflichtung [43]).

Im übrigen richtet sich nach OR 99 II das Mass der Haftung nach der besonderen Natur des Geschäftes (Verkehrsanschauung,

32) Henle II 4.

33) Siegwart Festgabe Freiburg 115; Lemp 9. Gewährt der Gläubiger dem Schuldner z. B. wegen Lieferungsschwierigkeiten einen Aufschub der Fälligkeit, dann muss der Schuldner diese Frist ausnützen, d. h. Vorbereitungen treffen, um erfüllen zu können (BGE 44 II 514/15).

34) Henle II 5. Vgl. Gujer 51.

35) ZBJV 24 154.

36) v. Tuhr/Siegwart II 535. Auf Begehren des Gläubigers muss der Schuldner im Inland erfüllen, wenn durch die Leistung im Inland das Hindernis eines bestehenden Ausfuhrverbotes beseitigt werden kann (BlZüR 21 Nr. 48 116).

37) BGE 54 II 337; vgl. RG 106 329.

38) BGE 68 II 169.

39) RG 106 16.

40) BGE 48 II 218/19; RG 108 421/22.

41) BGE 43 II 537; v. Tuhr/Siewart I 43; RG 75 337. Allgemeiner Grundsatz : jedermann muss für seine Zahlungspflicht schlechthin einstehen.

42) Heck § 28 88.

43) BGE 45 II 317; RG 95 41. Vgl. weitere Beispiele : BGE 42 II 184; 43 II 176, 218, 232, 669, 793; 44 II 501; 45 II 285; 46 II 146; BlZüR 19 Nr. 100 189, Nr. 122 230; 20 Nr. 102 195; 21 Nr. 37 79, Nr. 48 114.

Usanzen) [44]) und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteile bezweckt (z. B. im Falle der unentgeltlichen Hinterlegung, der Schenkung, des unverzinslichen Darlehens, des unentgeltlich übernommenen Auftrags, der Geschäftsführung ohne Auftrag; vgl. BGE 23 801, 33 II 267, 427). Die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei Deliktsschulden (OR 43) finden auch auf das vertragswidrige Verhalten Anwendung (OR 99 III) [45]).

2. Die vertragliche Haftung [46]).

a. Der Schuldner kann sich über das Verschulden hinaus verpflichten. So tritt z. B. eine Verschärfung der Verantwortung ein, wenn jemand die Garantie für den Eintritt eines Erfolges, eines Resultates übernommen hat und dadurch die mit einem Unternehmen verbundene Gefahr ausschaltet [47]). Hier ist die Schadenersatzpflicht, wie beim Versicherungsvertrag, ursprünglicher Vertragsinhalt [48]). Das Garantieversprechen hat die Haftung im Auge, «gleichviel, ob es zu einer rechtswirksamen Verpflichtung des Hauptschuldners gekommen ist, oder ob eine Verpflichtung nachträglich weggefallen ist, oder ob der Vertrag aus einem sonstigen Grunde vom Hauptschuldner nicht erfüllt wird» [49]). Mit der clausula rebus sic stantibus können die Garantieverpflichtungen deshalb nicht angefochten werden, weil sie ihrer Natur nach Risikogeschäfte sind [50]).

Der eine Vertragsteil kann die vertragliche Haftung auf jeden Zufall, einschliesslich der höheren Gewalt, ausdehnen [51]) : «Dann mag geschehen, was will, er muss den Vertrag durchhalten» [52]).

b. Die Haftung kann auch abgeschwächt werden [53]), jedoch nicht

44) Nach Wegmann JZ 49 134 darf von einer Usanz nur gesprochen werden, wenn die überwiegende Mehrzahl der in der betreffenden Branche tätigen Personen eine bestimmte Gewohnheit in der Abwicklung und in der rechtlichen Beurteilung der brancheeinschlägigen Geschäfte kennt, anerkennt und praktisch befolgt. Vgl. Becker Art. 18 N 10.

45) Vgl. a. OR 116 III.

46) Vgl. Becker Art. 97 N 61 ff.

47) Vgl. BGE 46 II 157, 56 II 381, 65 II 30, 66 II 28, 75 II 50. Ueber die mit dem Garantieversprechen nicht zu verwechselnden Liefergarantien vgl. Wegmann JZ 49 133 ff.

48) BGE 46 II 161; vgl. v. Tuhr Siegwart I 244 N 67; Heck § 46 139; Kleineidam APC VII (1) 44/45. Bei der Garantieübernahme ist stets zu prüfen, ob der Schuldner «nur für bestimmte, beim Vertragsabschluss voraussehbare Zufälle einstehen wolle oder überhaupt für Zufälle, und wenn ja, ob nur für ordentliche Zufälle oder auch für ausserordentliche» (Becker Art. 119 N 19).

49) Müllereisert Vertragslehre 67.

50) BGE 46 II 161.

51) Becker Art. 97 N 61; Heck § 26 80.

52) Kegel Gutachten 162/28.

53) Vgl. Becker Art. 97 N 61 über die Streik- und Kriegsklauseln und Siegwart Festgabe Freiburg 98 ff.

in der Art, dass der Schuldner für künftige rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit nicht einzustehen habe. Solche Freizeichnungen wären nach OR 100 nichtig [54]). Wurde Haftung für leichtes Verschulden wegbedungen, dann darf dieser Verzicht nach Ermessen des Richters nichtig erklärt werden, wenn der Verzichtende zur Zeit der Erklärung im Dienste des anderen stand oder die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt [55]). — Die Einschränkung der Haftung kann sich auch aus dem Vertragsinhalt ergeben, d.h. ohne ausdrücklich erklärte Abschwächungsbestimmung. Wenn z. B. der Vertrag Lieferung «franco Chiasso oder Schweizergrenze» vorsieht, dann heisst das dass sich der Vertrag nach dem Willen der Parteien auf Lieferung ausländischer Ware bezog und dem Schuldner nicht Beschaffung inländischer Ware zugemutet werden wollte, die bei der Knappheit der inländischen Vorräte damals schon im Vergleich zum Vertragspreis unverhältnismässig teuer hätte angekauft werden müssen [56]). Endlich kann die indirekte Einschränkung der Haftung auch in der Natur des Geschäftsbetriebes liegen [57]).

3. Die Haftung für Hilfspersonen (OR 101) [58]).

Hilfspersonen sind irgendwelche Drittpersonen oder Nebenpersonen, deren sich der Schuldner oder Gläubiger zur Vornahme der sachlichen Leistung bedient. Ein soziales Abhängigkeitsverhältnis wie in OR 55 ist nicht erforderlich [59]). Zur Vornahme der Leistung« gehört alles, was nach dem Inhalt des Vertrages von dem Schuldner verlangt werden kann. Die Verbindlichkeit braucht nicht Hauptpflicht zu sein, aber sie muss dem Schuldner gegenüber dem Gläubiger obliegen» [60]). Wenn die Hilfsperson ihrerseits eine Hilfsperson verwendet oder eine «Stufenreihe von Gehilfen» zustande kommt, dann haftet der Schuldner unmittelbar für die Handlungen des untersten Gehilfen, wenn er einverstanden war, dass sein Gehilfe seinerseits Gehilfen verwendet [61]).

Bei der Erfüllung vertraglicher Pflichten haftet der Schuldner für diejenige Sachkenntnis und Sorgfalt seines Hilfspersonals die

54) Ueber die Freizeichnungsklauseln vgl. Becker Art. 97 N 24/25, und Geschäftsbedingungen Becker Art. 100 N 2 f., Larenz I § 8 69 und Stoll Leistungsstörungen 54 ff.

55) Vgl. v. Tuhr/Siegwart II 560.

56) BGE 43 II 174/75.

57) Vgl. BGE 45 II 42 197; 43 II 501/02; vgl. auch BGE 43 II 84.

58) Vgl. Becker und Oser/Schönenberger Art. 101 N 1 ff; v. Tuhr/Siegwart II 563 ff.; v. Tuhr Haftung für fremdes Verschulden JZ 17 225 ff.; Larenz I § 19/165 ff.; ders. Vertrag und Unrecht I 172/73; Hedemann 18 f., 100 f.; Schollmeyer I § 278 103.

59) BGE 70 II 220, 46 II 123, 53 II 240.

60) Stoll II 175. Vgl. aus der Praxis des Reichsgerichtes RG 62 331, 99 56, 101 153, 108 221, 102 232, 106 134, 118 44, 160 314.

61) Heck § 27 82; RG 109 302.

man nach dem Vertragsverhältnis von ihm selbst zu erwarten berechtigt ist [62]). Dem Schuldner, der nach Massgabe seines eigenen Haftungsumfanges für die rechtsgeschäftliche Betätigung seiner Hilfsperson haftet, steht der Exkulpationsbeweis nach OR 97 (nicht nach OR 55) zu [63]) (auch der des Art. 99 OR) [64]). Vertraglich kann die Haftung für Hilfspersonen ganz oder teilweise wegbedungen werden, und zwar sogar für Vorsatz [65]). Auch auf die Schadensverursachung durch das Verhalten der Hilfsperson bei Vertragsabschluss werden diese Grundsätze angewendet [66]).

§ 4 Besondere Unmöglichkeitstatbestände.

I. Unmöglichkeit bei Gattungsschulden.

1. Die reine Gattungsschuld.

Nach herrschender Doktrin und Praxis erlischt die durch die Parteien nach Qualität und Quantität bestimmte [1]) Leistungspflicht im Gegensatz zur Speziesschuld nicht erst dann, wenn Leistung aus der Gattung objektiv unmöglich ist, sondern wenn die Erfüllung derart schwierig ist, dass sie dem Schuldner billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann [2]) : «Die Regel, wonach eine Gattungsschuld überhaupt nie unmöglich werden kann, solange das Genus nicht ausgestorben ist, wird in dieser absoluten Form nicht anerkannt» [3]).

Trotzdem bleibt die Selbstverantwortlichkeit des Schuldners im Vordergrund. Der Schuldner ist verpflichtet den Gläubiger zu befriedigen; er wird grundsätzlich erst dann befreit, wenn er erfüllt hat. Von einer Verwässerung des Culpabegriffes kann trotz der für Ausnahmefälle auf OR 119 oder ZGB 2 gegründeten Lehre von der Nichtzumutbarkeit der Leistung nicht gesprochen werden [4]).

62) BGE 46 II 128.
63) BGE 26 II 601, 34 II 522.
64) BGE 30 II 194; ZBJV 36 159.
65) Becker Art. 101 N 24; vgl. BGB § 278 (§ 276 II).
66) Heck § 27 83.

1) Der generische Charakter einer Obligation weist nur auf eine Eigenart des konkreten Obligationinhaltes hin und nicht auf eine objektive Beschaffenheit des Leistungsgegenstandes (Titze 18).
2) BGE 27 II 218, 43 II 83; BlZüR 15 Nr. 197 327, 20 Nr. 102 195; Wieland ZSR 36 (NF) 459.
3) Siegwart Festschrift 122.
4) Besonders die Doktrin betont, dass auf dem Gebiet der Befreiung wegen «Mittelerschöpfung» (Heck § 28 86) grosse Vorsicht erforderlich sei. Vgl. Picot ZSR 62 (NF 40) 328, 333 (Richterlicher Eingriff nur «avec une grande circonspection» gestattet), Oftinger JZ 36 231 (Es muss mit äusserster Vorsicht und grosser Zurückhaltung vorgegangen werden), Merz VSJ 76 404 a, 505 a (Ausserordentlich zurückhaltende Anwendung); vgl. auch Larenz I § 10 84, § 20 177.

Bis zum Zeitpunkt der Umwandlung der Gattungsschuld in eine Stückschuld (Konzentration) trägt der Schuldner die sog. Sach- oder Leistungsgefahr, die Gefahr der «eigenen Doppelleistung» [5]). Der Umstand, dass ein Hagelwetter in einer Gemeinde die Obsternte vernichtete, machte die Erfüllung nicht unmöglich, wenn nicht vereinbart wurde, dass das Obst einer bestimmten Gegend zu entstammen habe : Die Frage, ob die Erfüllung tatsächlich unmöglich geworden sei, könnte erst dann aufgeworfen werden, wenn nicht nur das nähere Produktionsgebiet, sondern weitere obstreiche Gegenden vom Hagelschlag heimgesucht worden wären [6]). Der Schuldner wird jedenfalls von seiner Leistungspflicht nicht schon deshalb frei, «weil die von ihm rechtzeitig beschafften Stücke ohne sein Verschulden untergegangen sind und es ihm für eine erneute Beschaffung an den dazu erforderlichen Mitteln fehlt. Dahinter steht der allgemeine Grundsatz, dass jedermann für seine Zahlungspflicht schlechthin einstehen muss» [7]).

Was den Zeitpunkt der Umwandlung betrifft, vertreten Oser/Schönenberger die Ansicht, dass für alle Veräusserungsgeschäfte die gleiche Regelung wie beim Kauf gelten solle [8]). Demnach muss die Sache ausgeschieden, und wenn sie versendet werden soll, zur Versendung abgegeben worden sein (OR 185 II). Beim Distanzgeschäft in Form der Sammelsendung geht die Gefahr ebenfalls mit der Absendung an den Käufer über, d. h. der Verkäufer genügt seiner Verbindlichkeit durch Verschaffung des Miteigentums zu entsprechendem Bruchteil an einer grösseren Menge [9]). Hier trifft aber der Zufall den Käufer nur bei Untergang der ganzen Sendung. Wenn nur ein einzelnes Stück davon untergeht, dann steht nicht fest, ob es gerade das für den Käufer bestimmte war [10]). Doch kann der Verkäufer auch diese Gefahr auf den Käufer abwälzen, indem er vereinbart, dass die Absendung der Verladungsanzeigen an die verschiedenen Gläubiger die gleichen Wirkungen auslöse wie beim gewöhnlichen Distanzkauf.

Mangels besonderer Abrede erfolgt die Umwandlung durch den Schuldner. Von diesem Zeitpunkt an trägt der Gläubiger die Stück- oder Leistungsgefahr [11]). Der Schuldner muss, wenn die Umwand-

5) Heck § 83 285.

6) BGE 27 II 215, 32 II 648; JZ 17 Nr. 6 12; vgl. Becker Art. 97 N 83 (ausserordentlicher Frost, der die Blätter der Maulbeerbäume abfallen lässt, befreit den Züchter, nicht aber den Fabrikanten).

7) Larenz I § 20 175; vgl. Heck § 28 87. Doch ist z. B. ein Unternehmer nicht verpflichtet, während Jahren die für den Vertragszweck beschafften Rohstoffe vorrätig zu halten, wenn der Besteller die Ausführung der Bestellung für einen im voraus nicht abzusehenden Zeitraum zurückstellt (vgl. BGE 45 II 41, 199; BlZüR 15 Nr. 197 328; RG 106 329/30).

8) Oser/Schönenberger Art. 71 N 3; vgl. v. Tuhr/Siegwart I 53.

9) RG 88 391.

10) Oser/Schönenberger Art. 185 N 12; vgl. Becker Allg. Bestimmungen N 18.

11) Heck § 9 29, § 83 258.

lung durch ihn erfolgt, Sachen mittlerer Qualität ausscheiden und anbieten, bereitstellen oder versenden. OR 71 sagt lediglich, dass der Schuldner nicht eine Sache unter mittlerer Qualität anbieten dürfe. Was mittlere Qualität ist, beurteilt die Verkehrsauffassung am Erfüllungsort [12]). Der Schuldner darf aber auch Sachen über mittlerer Qualität anbieten, bereitstellen oder versenden, es sei denn, dass der ihm gebührende Kaufpreis nach dem Vertrag von der gelieferten Qualität abhängt [13]). v. Tuhr/Siegwart [14]) führen folgendes Beispiel an: Bestellt jemand bei einem Weinhändler 10 Flaschen Veltliner ohne den Preis zu nennen, so muss er den Preis zahlen, der sich aus der Preisliste des Verkäufers ergibt. Der Händler darf aber nicht besonders teure Weine aus seiner Preisliste liefern. — Nehmen wir an, es bestelle z. B. ein Wirt im Bündnerland 100 lt. Veltliner mittlerer Qualität (wie bis anhin) und erhält, bei gleicher Preislage, Veltliner, der über mittlerer Qualität ist, aber dem Geschmack der Bevölkerung, die mittlere Qualität wünscht, nicht entspricht, dann wird der Wirt den besseren Veltliner zurückweisen dürfen, da für ihn eben die mittlere Qualität die bessere ist, laut Verkehrsauffassung!

2. Die begrenzte Gattungsschuld.

Bei der Vorratsschuld, die eine besondere Art der Gattungsschuld ist «wird eine Anzahl von Stücken oder eine nach Gewicht oder dgl. bestimmte Menge aus einem näher bezeichneten, vorhandenen oder erwarteten Vorrat geschuldet» [15]). Geht der ganze Vorrat unter, dann wird der Schuldner, wenn ihn kein Verschulden trifft, frei. Hingegen befreit ihn nicht partieller Untergang des Vorrats [16]). Ein Landwirt hatte sich einer Molkerei gegenüber verpflichtet, täglich eine bestimmte Menge Milch zu liefern. Infolge einer Erkrankung des Viehbestandes, Knappheit der Futtermittel und einsetzender Dürre minderte sich die Menge des Ertrages. Die Molkerei war der Ansicht, der Bauer müsse sich die fehlende Milchmenge anderswo beschaffen oder Kraftfuttermittel anschaffen, um die Milchgewinnung zu steigern. Das RG entschied, dass nicht gewisse Milchmengen verkauft wurden, sondern die Verpflichtung auf den Ertrag des Gutes beschränkt war und damit nach der Verkehrssitte auf denjenigen Teil des Erzeugnisses, der bei Einhaltung der Regeln einer ordnungsgemässen Wirtschaft Gegenstand der Veräusserung ist. Es musste nicht Milch schlechthin, sondern Milch aus dem Ertrage des Gutes geliefert werden (also Vorratsschuld und daher keine Ergänzungspflicht). Ferner durfte der Landwirt

12) Oser/Schönenberger Art. 71 N 2.
13) v. Tuhr/Siegwart I 50; Heck § 9 31.
14) v. Tuhr/Siegwart I 50 N 8.
15) Larenz I § 11 91; vgl. Hedemann 48 49; ders. Generalklauseln 15; Heck § 29 89.
16) v. Tuhr Siegwart I 53.

die zur Befriedigung des eigenen Bedarfs notwendige Milch zurückbehalten [17]).

Ein beschränkter Vorrat kann auch mehreren Gläubigern geschuldet werden. Geht bei dieser Sachlage ein Teil der Schuld ohne Verschulden des Schuldners unter, oder erreicht der Vorrat nicht den erwarteten Umfang (z. B. die Jahresernte), dann wird nicht der Gläubiger, der sich zuerst meldet, befriedigt, sondern die Gläubiger müssen sich eine anteilsmässige Verteilung gefallen lassen [18]). Nach Hedemann [19]) bilden die mehreren Gläubiger «eine Art unsichtbare, nicht verabredete, aber bei Zuspitzung der Verhältnisse voraussehbare ‚Interessengemeinschaft'». Der Schuldner muss die gesamte Ernte den Gläubigern zur Verfügung stellen [20]). Ebenfalls nach einem anteilsmässigen Verteilungsmodus müssten die Gläubiger befriedigt werden, wenn z. B. durch unvorhergesehene geologische Verhältnisse nur ein Teil von Pflastersteinen aus einem bestimmten Steinbruch ausgebeutet werden könnte [21]). Hingegen würde sich eine proportionale Verteilung nicht rechtfertigen, wenn z. B. ein Gläubiger die Absicht des Schuldners, die früheren Bestellungen zuerst auszuführen, erkennen musste [22]), oder wenn die proportionale Verteilung dem Einzelnen doch nur sehr kleine Quantitäten verschafft hätte, z. B. 3½% der Ware [23]).

Für die beschänkten Gattungsschulden kommt, anders als für die reinen, eine Verpflichtung zur Herausgabe des stellvertretenden commodum in Betracht, wenn dem Schuldner z. B. durch Enteignung, Beschlagnahme etc. der ganze Vorrat gegen Entschädigung entzogen wird [24]).

II. Die teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung.

1. Bei Unteilbarkeit der Leistung.

Eine Leistung ist unteilbar, wenn eine Teilleistung überhaupt unmöglich oder wirtschaftlich bedeutungslos oder dem Sinne der

17) RG 93 31, 108 419.

18) Vgl. oben N 15 dieser Arbeit; v. Tuhr/Siegwart I 54 N 20; Becker Allg. Bestimmungen N 18; Wieland ZSR 36 (NF) 458; Würdinger Interessengemeinschaften 74 ff; Larenz I § 11 92; Recht 1922 Beilage Nr. 217; JW 1922 158 (Rabel); RG 84 125.

19) Hedemann 49; vgl. Würdinger a. a. O.

20) RG 84 125.

21) BGE 57 II 508.

22) BGE 43 II 87; Becker Allg. Bestimmungen N 20.

23) BGE 45 II 198; vgl. BGE 44 II 513 : Hier wird das Vorhandensein anderweitiger Verpflichtung überhaupt nicht berücksichtigt.

24) Vgl. vorne § 3 N 17 ff. dieser Arbeit. Das trifft aber nicht zu, wenn dem Schuldner die zur Werkleistung bestimmten Rohstoffe durch Hoheitsakt entzogen werden. Geschuldet sind nicht die Rohstoffe, sondern die Werkleistung (vgl. RG 92 372).

Verbindlichkeit zuwider ist [25]). Eine an sich teilbare Leistung wird zu einer unteilbaren, wenn nach dem offenkundigen oder ausgesprochenen Willen beider Parteien die Leistung einem einheitlichen Zwecke zu dienen hat und dieser Zweck bei unvollständiger Leistung nicht erreicht werden kann : Der Gläubiger kauft z. B. mehrere benachbarte Grundstücke zur Errichtung eines einzigen Gebäudes. Kannten beide Parteien den einheitlichen Zweck, dann liegt Unteilbarkeit vor. Wäre dem Schuldner dieser Zweck nicht bekannt gewesen, so müsste der Gläubiger, wenn z. B. eines dieser Grundstücke vor der Uebergabe enteignet würde, die übrigen annehmen, obgleich sie dem erstrebten Zweck nicht mehr dienlich sind. Die Verfehlung des nicht vertraglich vereinbarten Zweckes geht somit zu Lasten der den Zweck verfolgenden Partei [26]).

Teilweise Unmöglichkeit ist bei Unteilbarkeit der Leistung begrifflich unmöglich. Entweder ist die unteilbare Leistung möglich oder sie ist es nicht.

2. Bei Teilbarkeit der Leistung.

Ist die Leistung teilbar, frägt sich, was geschieht, wenn nur ein Teil unmöglich wird.

Keine Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Erfüllung bis auf einen ganz unerheblichen Teil erfolgen kann, während die Erbringung eines nur ganz geringen Teils totale Unmöglichkeit zur Folge haben würde [27]).

a. Die Wirkung der unverschuldeten teilweisen Unmöglichkeit.

Bei teilweiser Unmöglichkeit bleibt der Schuldner gegenüber dem Gläubiger zur Leistung des noch möglichen Teils verpflichtet, und der Gläubiger muss in der Regel die noch mögliche Teilleistung annehmen [28]).

Die teilweise, nicht zu vertretende, Unmöglichkeit befreit den Schuldner nur in den Grenzen der Unmöglichkeit, d. h. insofern als sich seine Naturalleistungspflicht auf den noch möglichen Teil beschränkt. Für die teilweise unmöglich gewordene Leistung hat der Gläubiger keinen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung [29]). Die Gegenleistung an den teilweise befreiten Schuldner wird entsprechend gemindert [30]) und eventuell an Stelle der

25) Kohler II 44; vgl. Kisch APC VII (2) 169 ff.
26) Kisch APC VII (2) 163 f., 169.
27) Kisch a. a. O. 167; Kleineidam APC VII (1) 25.
28) BGE 32 II 647.
29) Stellt die Teilleistung gegenüber der Gegenleistung ein aliud dar, dann kann die teilweise Unmöglichkeit der totalen gleichstehen (Becker Art. 119 N 4 a. E.).
30) Oser/Schönenberger Art. 119 N 12, 20; Becker Art. 119 N 3; v. Tuhr/Siegwart I 414/15; BGE 60 II 100.

teilweise untergegangenen Leistung getretener Ersatz ist, wenn der Kaufpreis bereits bezahlt wurde, als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben [31]). Es gilt der oben erwähnte Grundsatz [32]), «dass Vermögenswerte, die jemandem zugeflossen sind, dem sie nach den unterliegenden Wirtschaftbeziehungen nicht zukommen, denjenigen zugeführt werden, denen sie gebühren» [33]).

Das Gesetz regelt die Teilunmöglichkeit in OR 20 II: Wenn bei einem aus mehreren Teilen zusammengesetzten Vertrag nur einzelne Teile nichtig sind, so bleiben nur diese Vertragsteile nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre. Aufgabe des Richters ist es, den Vertrag auf Grund eines hypothetischen Parteiwillens zu rekonstruieren: «Der Richter soll nach dem Parteiwillen entscheiden, aber nicht nach dem, was sie tatsächlich gewollt haben, sondern nach dem, was sie gewollt hätten, wenn ihnen die Nichtigkeit eines Teils ihrer Verabredung bewusst gewesen wäre» [34]).

b. Die Wirkung der verschuldeten teilweisen Unmöglichkeit.

Auch bei der vom Schuldner zu vertretenden teilweisen Unmöglichkeit kann der Gläubiger die noch mögliche Teilleistung verlangen. Hingegen steht ihm hier das Recht zu, für die teilweise ausgebliebene Leistung Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen [35]). Ist die noch mögliche Teilleistung für den Gläubiger wertlos oder hat er an der teilweisen Erfüllung kein Interesse mehr, so kann er in Analogie zu OR 20 II unter Ablehnung des noch möglichen Teils Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom Vertrag zurücktreten [36]). Die Anwendung dieser Rechtsbehelfe setzt aber voraus, dass wirklich ein Teil der Hauptverpflichtung unmöglich geworden ist. Eine Nebenverpflichtung (z. B. die Abnahmepflicht des Käufers) [37]) wäre nur dann eine im synallagmatischen Verhältnis stehende Teilverpflichtung, wenn sie sich nach dem Sinn ausnahms-

---

31) Auch der Mehrbetrag gegenüber dem mit dem Gläubiger vereinbarten Preis ist Ersatz und herauszugeben. Wenn z. B. die Enteignungsentschädigung weniger als der vereinbarte Kaufpreis beträgt, dann trägt selbstverständlich für dieses Minus der Gläubiger die Gefahr (periculum est emptoris).

32) Vgl. § 3 N 17 ff.

33) RG 120 299/300; vgl. Oser/Schönenberger Art. 119 N 14, 22; Becker Art. 119 N 1; v. Tuhr/Siegwart I 414/15; BGE 51 II 176; Kisch APC VII (2) 221.

34) v. Tuhr/Siegwart I 216.

35) Vgl. Becker Art. 97 N 22; Erman/Goerke § 325 N 13 a 475; Kisch APC VII (2) 183 ff.

36) Vgl. BGB § 325 I Satz 2 und § 280 II.

37) Vgl. Karl Lehmann DJZ 7 491 ff. «Die Bedeutung der Ausdrücke «Abnahme» (Empfangnahme)».

weise als einen nennenswerten Bestandteil der Leistung darstellte [38]).

III. Die zeitweise und die dauernde Unmöglichkeit [39]).

Die vorübergehende Unmöglichkeit, die voraussichtlich behoben werden kann und von Heck «Zufallshemmung» [40]) genannt wird, ist «genau genommen keine Unmöglichkeit» [41]), sondern führt nur einen Aufschub der Fälligkeit der Leistung und (der eventuell vorzuleistenden) Gegenleistung (ohne Minderung der letzteren) herbei [42]). Während des Zeitraumes, innerhalb dessen die Erfüllung noch möglich ist, kann der Schuldner nicht in Verzug kommen, es «tritt nur eine Suspendierung seiner Leistungspflicht ein» [43]).

Der Unterschied zum Verzug besteht darin, dass hier der Leistung ein — vorübergehendes — Hindernis entgegensteht, während dieses Hindernis beim Verzug fehlt; zum Verzugsbegriff gehört notwendig die Möglichkeit der Leistung, zum Tatbestand der Zufallshemmung gehört notwendig die vorübergehende Unmöglichkeit. Die Frage, ob dem Gläubiger ein Abwarten zugemutet werden kann, ist jeweils «nach der Natur, dem besonderen Inhalt und dem Zweck des Vertrages» zu prüfen [44]). Nach Kleineidam muss «dem das Erfüllungshindernis bildenden Umstande nach der Verkehrsanschauung der Charakter des Beharrens in dem Grade fehlen, dass die Behebung dieses Hindernisses als das zu Erwartende und der durch sie herbeigeführte Zustand als ein mit demjenigen, welcher vor dem Unmöglichwerden bestand, identischer, nicht bloss als ein gleichartiger angesehen» [45]) werden. In diesem Sinne hat das Bundesgericht entschieden [46]), dass bei einem auf längere Zeit abgeschlossenen Pachtvertrag durch Zerstörung eines

38) Leonhard I 497; Enneccerus/Lehmann II § 105 410 N 1—3. Nach Merz ist Teilnichtigkeit nur gegeben, wenn Nebenabreden des Vertrages ungültig sind: «denn nur bei Nebenabreden kann überhaupt angenommen werden, die Parteien hätten am Vertrag auch dann festgehalten, wenn sie die Nichtigkeit und damit den Hinfall einer Einzelverpflichtung gekannt hätten» (Merz VSJ 76 363 a; vgl. v. Tuhr/Siegwart I 216 N 31; Oftinger ZSR 57 (NF) 569 a; Oser/Schönenberger Art. 20 N 62 ff.).

39) Becker Art. 97 N 21; Oser/Schönenberger Art. 119 N 13; v. Tuhr/Siegwart II 537; Wieland ZSR 36 (NF) 461.

40) Heck § 39 116.

41) Hedemann 105.

42) v. Tuhr/Siegwart II 537; Larenz I § 20 170; Oertmann I 144; Enneccerus Lehmann II § 46 197; Kleineidam APC VII (1) 95

43) Schollmeyer I Art. 275 N 1; Enneccerus/Lehmann, Oertmann und Kleineidam a. a. O.; Heck § 39 116; BGE 44 II 519.

44) Larenz I § 20 171; vgl. BGE 44 II 519; RG 42 114, 88 74, 89 205, 90 102, 92 87, 93 343, 94 36, 101 79, 105 387, 146 66, 151 38, 158 331, 161 105, 168 73.

45) Kleineidam APC VII (1) 96.

46) BGE 38 II 79/80.

Wirtschaftsgebäudes, das binnen einiger Monate wieder aufgebaut werden konnte, der Vertragszweck nicht vereitelt sei [47]).

Unter bestimmten Voraussetzungen kann die vorübergehende Unmöglichkeit zu einer endgültigen, dauernden werden :

Zunächst sind alle jene Leistungen auszuscheiden, die nach den Parteiabsichten nur zu einer bestimmten Zeit oder innerhalb eines bestimmten Zeitraumes erfolgen können.

Nach RG 42 115 wird eine vorübergehende Unmöglichkeit zur dauernden, «wenn es feststeht, dass die geschuldete Leistung in keinem Momente selbst der entferntesten Zukunft beschafft werden kann, wenn es ungewiss ist, ob das entgegenstehende Hindernis jemals beseitigt wird, wenn zufolge einer notwendigen Verzögerung der Lieferung der Leistungsinhalt ein anderer wird». In einem Falle wurde ein vermietetes Haus durch Feuer ganz zerstört. Trotz dessen Erstellung während der Mietdauer musste das Mietverhältnis nicht mehr fortgesetzt werden, weil dem Mieter nicht zuzumuten war, dass er seinen Fabrikbetrieb zeitweilig (3 Monate) einstelle [48]).

Die einmal eingetretene Unmöglichkeit ist endgültig, «die Forderung ist aufgehoben und tritt nicht dadurch wieder ins Leben, dass die Leistung durch Aenderung der Verhältnisse nachträglich möglich wird» [49]). Unter Umständen kann aber «auch hier im Einzelfall nach Treu und Glauben die Fortsetzung — oder, wenn man so will : die Wiederaufnahme — des Vertragsverhältnisses verlangt werden, wenn daran — etwa mit Rücksicht auf früher getroffene Vorbereitungen — ein dringendes Interesse besteht und sie dem anderen Vertragsteil zumutbar ist» [50]).

Nach Heck [51]) können sich mit dem Recht auf Befreiung auch Fürsorgepflichten verbinden. Ein Gläubiger wurde bei dem Einfall der Russen in Ostpreussen nach Sibirien verschleppt. Eine ihm zustehende Hypothek wird fällig, oder ein Pachtvertrag, der über sein Gut geschlossen war, läuft ab : «Durch die Verschleppung des Gläubigers kann die Fälligkeit der Hypothek oder die Aufhebung des Pachtvertrages nicht aufgeschoben werden. Der Schuldner, der schon ein anderes Hypothekenkapital aufgenommen hat, kann nicht genötigt sein, beide zu verzinsen, der Pächter nicht, zwei Güter zu bewirtschaften. Das Recht zur Befreiung muss bestehen. Aber dem Schuldner wird nicht zu gestatten sein, dass er den Gläubiger in Verzug setzt und das Kapital zinslos behält oder das Gut preisgibt. Sondern er wird für die Interessen des Gläubi-

47) Vgl. Oser/Schönenberger Art. 119 N 13.
48) JW 1905 Nr. 9 718/19; vgl. RG 42 115, 57 140; Wieland ZSR 36 (NF) 461/62; Siegwart Festgabe Freiburg 125/26.
49) v. Tuhr/Siegwart II 537; Enneccerus/Lehmann II § 46 197/98; Kleineidam APC VII (1) 95; Kisch APC VII (2) 22 ff.
50) Larenz I § 20 172; vgl. RG 158 331.
51) Heck § 39 117.

gers sorgen müssen durch anderweitige zinstragende Anlegung des Kapitals und Fürsorge für die Verwaltung des Gutes. Wenn beim Gläubigerverzug eine solche Fürsorgepflicht anzunehmen ist, so muss sie bei der Zufallshemmung erst recht gelten. Der angemessene Ausgleich ist für den Einzelfall zu finden» [52]).

IV. Das Verschulden bei Vertragsschluss (culpa in contrahendo) [53]).

In der Haftung für culpa in contrahendo haben wir eine durch die Rechtsübung vollzogene Durchbrechung des Vertragsprinzips vor uns [54]).

Gemäss einem in Deutschland und in der Schweiz allgemeinen Grundsatz, so wird in BGE 77 II 135 ausgeführt, «schaffen die Verhandlungen zwischen den Parteien schon dem Vertragsschluss vorgängig eine Rechtsbeziehung, die gewisse Sorgfaltspflichten begründet, insbesondere die Pflicht jeder Partei, die andere in gewissem Umfang über die Umstände zu orientieren, die von Einfluss sein können auf ihren Entschluss, den Vertrag überhaupt und zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen. Die Verletzung dieser Pflichten begründet einen Schadenersatzanspruch. Zahlreiche Gesetzesbestimmungen setzen das Bestehen einer vertraglichen Bindung vorangehender Rechtsbeziehung voraus (Ersatzpflicht des Verkäufers gemäss OR 195 II und 208 III, des Schenkers gemäss OR 248 I, des Hinterlegers gemäss OR 473 II; Verbindlichkeit der Offerte gemäss OR 3 und 5, Anzeigepflicht bei verspätetem Eintreffen der Annahmeerklärung, OR 5 III; Ersatzpflicht der Partei, die sich auf Irrtum beruft, OR 26; Ersatzpflicht des vollmachtlosen Stellvertreters, OR 39, des Bevormundeten, der sich fälschlicherweise für handlungsfähig ausgegeben hat, ZGB 411; nach deutschem Recht Ersatz desjenigen, der einen Vertrag über eine unmögliche Leistung abschliesst, BGB §§ 307, 309). Der diesen Bestimmungen zugrunde liegende Gedanke muss jedoch verallgemeinert werden, wenn man Gewähr haben will, dass im Geschäftsleben die gute Treue herrsche. Mit Rücksicht darauf haftet daher eine Partei wenigstens innert der Grenzen der Ersatzpflicht, die sich für sie auf Grund des in Aussicht genommenen Vertrages ergäbe, aus culpa in contrahendo nicht nur, wenn sie im Laufe der Unterhandlungen arglistig gehandelt hat, sondern schon, wenn ihr Verhalten auf irgendeine Weise, sei es im Sinne des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit, schuldhaft erscheint . . . Die Haftung für das Verhalten während der Unterhandlungen setzt nicht voraus,

52) Vgl. auch RG 146 66 (ebenfalls für eigene Interessenwahrung unter Berücksichtigung der Gegeninteressen).
53) Ueber das Schrifttum s. Enneccerus/Lehmann II § 43 182.
54) Heck § 41 123.

dass diese zum Abschluss eines Vertrages, und wäre es auch nur eines nichtigen Vertrages, geführt haben, sondern sie tritt auch ein, wenn die Parteien überhaupt nicht abgeschlossen haben» [55]).

Nach Ansicht des Bundesgerichtes ist die culpa in contrahendo wie eine Vertragsverletzung zu behandeln, d. h. OR 97 ff. finden analoge Anwendung [56]) : «Wenn auch die Haftung auf einem unvollkommenen Vertragstatbestand beruht, so ist sie eine vertragsähnliche und es rechtfertigt sich daher, die Bestimmungen über das Vertragsrecht ergänzend beizuziehen» [57]). Der aus culpa in contrahendo erwachsene Schaden umfasst somit je nachdem den Vertrauensschaden oder das Erfüllungsinteresse : «Die Entscheidung muss m. E. davon abhängen, ob das Geschäft bei richtigem Verhalten gescheitert oder ordnungsgemäss zustande gekommen wäre. Es liegt kein Grund vor, in diesem zweiten Falle das Erfüllungsinteresse zu versagen» [58]).

Die Haftung aus culpa in contrahendo wird, wie vorne schon erwähnt [59]), auch auf die Hilfspersonen ausgedehnt [60]). Der Vertretene haftet nach OR 101 so wie wenn er die Handlung selber vorgenommen hätte [61]). Müllereisert fordert, dass die Vertragshaftung auch den Dritten treffen sollte, welcher einen oder beide Partner eines Vertrages beeinflusst und zu dem Vertragsschluss bestimmt hat. Der Dritte sollte jedenfalls dann dem Geschädigten nach Vertragsrecht haften, wenn er durch Beeinflussung eigene Vorteile verfolgt, d. h. wenn er seinen eigenen Vorteil gerade angesichts dieser Schädigung findet [62]).

V. Die Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten.

Die Grundsätze über die Unmöglichkeit finden auch Anwendung auf Verpflichtungen, die auf ein Unterlassen gerichtet sind. Wir werden uns im Zusammenhang mit der Darstellung der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen mit diesem Problem eingehend zu befassen haben [63]).

---

55) Vgl. den hier zit. Text (aus dem Original übersetzt) in Praxis des Bundesgerichts 40 332 33; vgl. RG 95 60, 97 325, 103 50, 104 286, 120 251, 162 156.
56) BGE 58 II 430, 68 II 203, 77 II 135.
57) BGE 77 II 135; v. Tuhr/Siegwart I 184; Becker Art. 26 N 1; vgl. Keller 7 ff.
58) Heck § 41 124; Enneccerus/Lehmann II § 43 181.
59) Vgl. § 3 II 3, § 3 N 66.
60) Vgl. RG 78 239.
61) Vgl. vorne 18; v. Tuhr/Siegwart II 563 ff.; ders. Haftung für fremdes Verschulden JZ 17 225; RG 120 30, 159 55.
62) Müllereisert Vertragslehre 211 f.
63) Vgl. § 8 III, § 9 II.

Der Schuldnerverzug und das Vorgehen nach OR 107 ff.

Bovay [1]) definiert den Verzug als «un état de responsabilité du débiteur qui n'a pas observé, au moment ou il devait, l'attitude ordonnée par la loi à l'occasion d'une prestation quelconque». Der Verzug ist eine «Pflichtverletzung» [2]) durch Säumnis: «Verzug kann begrifflich nur dann und nur solange bestehen, als die geschuldete Leistung möglich ist und nachgeholt werden kann» [3]). Ist der Schuldner in Verzug, dann hemmt er durch sein Verhalten die Vertragsabwicklung, er gefährdet den Vertragszweck.

§ 5 Die Voraussetzungen des Verzuges.

I. Die Fälligkeit der Leistung.

Fällig ist eine Leistung, wenn der Gläubiger sie zu fordern berechtigt und der Schuldner sie zu erbringen verpflichtet ist. Mit der Fälligkeit entsteht aus der Forderung der Anspruch des Gläubigers, d. h. das Recht, die Leistung zu verlangen [4]).

Mangels Parteivereinbarung und gesetzlicher Ausnahmen [5]) gilt subsidiär OR 75, d. h. die Regel, dass die Erfüllung sogleich nach Entstehung des Schuldverhältnisses verlangt werden kann. Zu beachten ist bei zweiseitigen Verträgen OR 82.

Auf die Umstände welche die Fälligkeit vorübergehend oder dauernd ausschliessen, wurde bereits hingewiesen. Es sind dies die Fälle der nachträglichen dauernden oder zeitweisen Unmöglichkeit.

Wenn es den Interessen des Gläubigers nicht widerspricht, kann der Schuldner schon vor Fälligkeit leisten (OR 81). Bei Wahlschuld darf z. B. der Schuldner nicht vorher wählen, wenn der Gläubiger an der nicht vorzeitigen Wahl ein Interesse hat: «Denn durch die Wahl tritt eine Verschlimmerung in der Lage des Gläubigers inso-

1) Bovay 320.
2) v. Tuhr/Siegwart II 577.
3) v. Tuhr/Siegwart a. a. O.
4) v. Tuhr/Siegwart I 14, 22.
5) OR 213, 286, 314 II, 333, 372, 413, 518, 750, 1024; VVG 41; SckKG 208, 215, 271, 206/07.

fern ein, als, solange nicht gewählt ist, bei Untergang der einen Leistung die andere Leistung geschuldet bleibt, was aufhört, sobald eine Vereinheitlichung eingetreten ist : ist daher gewählt, dann trifft die Gefahr der so gewählten Leistung den Gläubiger mit voller Wucht» [6]). Bei einer verzinslichen Geldschuld geht die Absicht der Parteien auch häufig dahin, das Geld fest und zinsbringend anzulegen.

II. Die Mahnung des Gläubigers.

Die Mahnung, die nach Eintritt der Fälligkeit erfolgt, ist eine einseitige und empfangsbedürftige Kundgabe des Gläubigers, welche den Willen auf sofortige [7]) Vollziehung der bestimmten [8]) geschuldeten Leistung bestimmt und klar zum Ausdruck bringen soll. Erst durch die Mahnung wird die Schuld gewissermassen vollfällig [9]).

Eine bestimmte Form schreibt das Gesetz für die Mahnung nicht vor. Doch empfiehlt sich, wegen des späteren Beweises, deren Schriftlichkeit [9a]). Eine unter Anwesenden oder am Telephon erklärte Mahnung ist somit vorteilhaft schriftlich zu bestätigen.

Eine pluspetitio beeinträchtigt die Wirksamkeit der Mahnung nicht, wenn über die Identität der Schuld kein Zweifel besteht [10]) und der Schuldner nach Lage der Sache auch auf eine korrekte Mahnung nicht eingegangen wäre [11]). Geht aber aus der Zuvielforderung hervor, dass der Gläubiger nur die Leistung mit dem «Mehr» anzunehmen bereit ist, dann vernichtet sie die Wirkung der Mahnung [12]).

Die auf ein minus quam debitum lautende Mahnung wirkt auf den geforderten Betrag, da der Gläubiger Teilleistungen verlangen kann [13]). Handelte der Gläubiger erkennbar im Irrtum über die Höhe des Anspruchs, dann wirkt die auf den minderen Betrag gerichtete Mahnung auf den höheren [14]).

Unwirksam ist die Mahnung, wenn ein aliud gefordert wird oder der Gläubiger Leistung an einem anderen Ort, als ihm gebührt,

6) Kohler II 52.
7) Zeitangabe ist nicht erforderlich (vgl. Paech 59).
8) Von Bedeutung, wenn mehrere Leistungen des gleichen Schuldners an den gleichen Gläubiger zu richten sind.
9) Heck § 7 26, § 36 107 108. Die Mahnung kann auch durch einen vom Gläubiger legitimierten Stellvertreter oder durch einen Boten abgegeben werden (Voser 19).
9a) Guhl 182.
10) Schollmeyer Art. 284 N 2 122.
11) Oertmann § 284 N 2 195.
12) Kohler II 88.
13) v. Tuhr/Siegwart II 579.
14) Claparède 115.

verlangt. Die Mahnung hat nicht notwendig am Leistungsort zu erfolgen, aber an einem «nach seiner Beschaffenheit zu einer eindringlichen Aufforderung geeigneten Ort» [15]).

Die Mahnung kann auch stillschweigend, durch schlüssige Handlung, erfolgen [16]).

Gemäss OR 102 I liegt eine Mahnung im Sinne des Verzugsrechts nur vor, wenn sie n a c h Fälligkeit erfolgt [17]). Eine «Mahnung» vor dem gesetzlich festgelegten Zeitpunkt hat nur die Bedeutung einer Fälligkeitsanzeige, einer Ermahnung zur Pünktlichkeit [18]).

III. Die Voraussetzungen der Entbehrlichkeit der Mahnung.

Ist der Gläubiger annahmebereit, dann erübrigt sich insbesondere in folgenden Fällen die Mahnung :

1. Bei Verabredung eines bestimmten Verfalltages für die Erfüllung [19]),

2. wenn sich der Verfalltag aus einer vertraglich vorbehaltenen Kündigung ergibt [20]),

3. wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (Erfüllungsverweigerung n a c h Fälligkeit), OR 108 Ziff. 1,

4. im Falle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung [21]).

IV. Die Bedeutung des Verschuldens.

Der Schuldner gerät unabhängig von jedem Verschulden in Verzug, sobald die objektiven Voraussetzungen — Fälligkeit und Mahnung — erfüllt sind [22]).

---

15) Claparède 103; v. Tuhr/Siegwart a. a. O.

16) Vgl. Becker Art. 102 N 8.

17) Genügend, wenn Mahnung mit dem Angebot der eigenen Leistung verbunden wird (vgl. RG 50 261).

18) Ueber die Bedeutung einer vor Fälligkeit erfolgten Mahnung vgl. die Ansichten von Claparède 105/106, Paech 47, Biedermann 39, Göschke ZBJV 60 73, Voser 24/25, Honegger 34, Gujer 97.

19) Vgl. Becker Art. 102 N 28 ff. Hingegen ist Mahnung erforderlich wenn Fälligkeitstermin gesetzlich bestimmt ist (OR 213 I, 262 II, 286, 314 II, 333, 372, 413; SchKG 208, 215). Kein Verfalltag, wenn kalendermässige Fixierung nicht möglich ist (BGE 34 II 572). Ueber die weiteren im Gesetz nicht geregelten Fälle, für die aber OR 102 analog angewendet werden kann vgl. v. Tuhr/Siegwart II 581/82.

20) Oser/Schönenberg Art. 102 N 23 ff.; Becker Art. 102 N 34 ff.; vgl. N 17 (Kündigung gilt im Zweifel als Mahnung, wenn Leistung sofort nach Kündigung zu erfolgen hat).

21) Vgl. § 12.

22) Das BGB verlangt als weitere Voraussetzung das Verschulden.

Von den in OR 103 II, 106, 107 II (190 I) und 109 II vorgesehenen Verzugswirkungen, die in Schadenersatzansprüchen bestehen, kann sich der Schuldner befreien, wenn er beweist, dass ihn kein Verschulden trifft [23]). Es handelt sich hier um Anwendungsfälle von OR 97 ff. Für den Nachweis des unverschuldeten Verzuges ist ein strenger Masstab anzulegen. Die Exkulpation seitens des Schuldners, so führte E. Huber im Nationalrat aus [24]), darf nicht bloss so aufgefasst werden, dass man unter dem Verschulden ein eigentliches schuldhaftes Verhalten des Schuldners versteht, sondern man hat zu bedenken, dass der Schuldner unter Umständen eine Verantwortung auf sich genommen hat, die ihn auch ohne sein Verschulden für die Erfüllung schlechthin haften lässt. Er muss gegebenenfalls nicht bloss seine Nichtschuld beweisen können, sondern es muss auch dargelegt sein, dass ihn darüber hinaus nicht noch eine besondere Verantwortung treffe. Es handelt sich hier somit um eine besonders weite Fassung des Schuldbegriffes. Der Schuldner hat nicht nur das Fehlen jeder Schuld im eigentlichen Sinne nachzuweisen, sondern auch das Fehlen jeder Verantwortlichkeit, und zwar nicht bloss der Verantwortlichkeit aus Vertrag, sondern auch der Verantwortlichkeit aus Gesetz gegenüber dem Gläubiger : der Schuldner haftet somit für Schaden, sofern er nicht nachweisen kann, dass ihn keinerlei Verantwortlichkeit trifft, sei es aus Verschulden im engeren Sinn oder aus Verantwortlichkeit überhaupt [25]).

Hingegen ist der Gläubiger trotz Beweis des Nichtverschuldens berechtigt, Verzugszinsen zu fordern (OR 104) und vom zweiseitigen Vertrag zurückzutreten, d. h. gemäss OR 109 I die versprochene Gegenleistung zu verweigern und das Geleistete zurückzufordern [26]).

§ 6 Die Wirkungen des Verzuges (OR 103).

I. Die Haftung für Zufall.

Nach Verzugseintritt steigert sich die Haftung für die Folgen eines jeden Ereignisses, durch welches die Leistung überhaupt oder nicht gehörig bewirkt werden kann. Der Schuldner haftet somit auch für das zufällige Unmöglichwerden der Leistung und für die höhere Gewalt [1]).

23) Oser/Schönenberger Art. 107 N 24; Becker Art. 107 N 21; Oser 35 44; Göschke ZBJV 60 31 ff., 68; Lemp 36/37.
24) Amtliches stenographisches Bulletin Nat. Rat XIX Jahrg. 1909 533/34.
25) Vgl. BGE 27 II 220, 29 II 516 und die Darlegungen § 3 II.
26) Oser/Schönenberger Art. 102 N 28—30; Göschke ZBJV 60 31 ff., 68 (kritisch).
1) Vgl. BGE 44 II 71/72.

II. Der Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung.

Der zu ersetzende Verzugsschaden besteht in den Nachteilen, die der Gläubiger durch die verspätete Leistung erlitten hat [2]). Das Mass des Schadenersatzes bestimmt sich nach OR 99-101 (OR 42, 43, 44 ff.). Handelt es sich um Geldschulden, dann ist der durch die Verzugszinsen nicht gedeckte weitere Schaden zu ersetzen [3]). Nur diesen, die Zinsen übersteigenden Schaden, hat der Gläubiger nachzuweisen [4]).

III. Der Entlastungsbeweis.

OR 103 gewährt dem Schuldner 2 Entlastungsbeweise, um die vorerwähnten Wirkungen abzuwenden :

1. Wenn der Schuldner nachweist, dass der Verzug ohne jedes Verschulden von seiner Seite eingetreten ist, dann haftet er nicht für die nach dem Verzug eingetretene Unmöglichkeit der Leistung. Näheres über diesen schwer zu erbringenden Exkulpationsbeweis siehe vorne [5]).

2. Ferner kann sich der Schuldner von dieser Haftung durch den Nachweis befreien, dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Erfüllung den Gegenstand der Leistung zum Nachteil des Gläubigers betroffen hätte. Die Tatsache des Verzuges hätte dann überhaupt keine Einwirkung auf die Unmöglichkeit der Erfüllung gehabt, die Kausalität zwischen Verzug und Schaden fehlt.

§ 7 Die besonderen Rechte des Gläubigers bei zweiseitigen Verträgen (OR 107 ff.).

Für den zweiseitigen Vertrag sehen OR 107-09 bei Vorliegen von Verzug neben den eben dargelegten allgemeinen Verzugsfolgen besondere Rechte des Gläubigers vor, sofern er — grundsätzlich — dem Schuldner zusätzlich auch noch erfolglos eine Nachfrist angesetzt hat (Ausnahmen davon in OR 108) [1]).

2) Vgl. v. Tuhr/Siegwart II 586.
3) Einzelheiten bei v. Tuhr/Siegwart II 586-87, 589; I 58 N 16—18 (Kursverluste); BGE 60 II 340, 76 II 357; Göschke ZBJV 60 82.
4) Vgl. ZBJV 68 582.
5) Vgl. IV dieses Paragraphen.
1) Vgl. II 7 dieses Paragraphen.

I. Der zweiseitige Vertrag [2]).

«Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres» (art. 1102 CCfr).

Im OR ist in den Art. 82/83, 107/109 und 119 vom zweiseitigen Vertrag die Rede. In diesem ist jede Partei zugleich Schuldner und Gläubiger, jede Leistung zugleich Gegenleistung und die Abwicklung dieser gegenseitigen Verpflichtungen wird vom Austauschzweck beherrscht. Die eine Leistung muss aber der anderen nicht objektiv gleichwertig sein. Was «die häufig als Grundlage des Vertragsrechtes vorausgesetzte Aequivalenzidee anbetrifft, so lässt sich dem geltenden Rechte kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, dass das Missverhältnis der Vertragsleistungen an sich die Gültigkeit des Vertrages zu beeinflussen vermöge» [3]). Ein «bestimmtes, objektiv messbares Gleichgewichtsverhältnis der Leistungen» ist nicht Gültigkeitserfordernis des Vertrages an sich [4]). Von einem Missverhältnis der Leistungen kann nicht gesprochen werden, «wenn ein Käufer das Haus, das ihm ganz besonders gefällt (vielleicht aus einem völlig ‚unvernünftigen' Grund), weit über den Preis bezahlt, den der normale Liegenschaftshändler bieten würde, oder wenn ein Sammler eine exorbitante Summe bietet für ein Bild, das der Kunstsachverständige vielleicht nur als mittelmässig bezeichnet . . . » [5]). Massgebend ist die Bereitwilligkeit, den Vertrag, trotz vorhandenem Missverhältnis, abzuschliessen. Die für den Entschluss bedeutsamen Tatsachen sind juristisch nicht von Bedeutung.

Beide Verpflichtungen, Leistung und Entgelt, sind genetisch und funktionell von einander abhängig. Die Nichtigkeit der Verpflichtung des einen hat notwendig die Nichtigkeit der entsprechenden Verpflichtung des anderen zur Folge (sog. genetisches Synallagma) [6]). Eine solche Abhängigkeit besteht z. B. beim Kauf (OR 184) [7]), bei der Miete (OR 253), beim Werkvertrag (OR 365) [8]).

2) Vgl. Comment 37 ff.; Biedermann 4 ff.; Göschke ZBJV 60 25 ff.; Lemp 16 ff., 73 ff.; Gujer 98 ff.

3) Merz VSJ 76 493 a; Siegwart Festgabe Freiburg 146, 148. In der deutschen Doktrin wird häufig die Ansicht einer subjektiven Aequivalenz in dem Sinne vertreten, dass jede Partei in der Leistung der anderen ein hinreichendes Entgelt für ihre eigene Leistung erblicken müsse (Larenz I § 18 150, Heck § 42 126). Es komme insoweit auf das subjektive Urteil einer jeden Vertragspartei an, als die Leistung nach der erklärten Absicht der Parteien ein Aequivalent sein soll (Enneccerus/Lehmann II § 32 132, Stoll Leistungsstörungen 8 ff.)

4) Merz VSJ 76 449 a, 503 a; vgl. auch Gujer 104.

5) Merz a. a. O. 453 a.

6) Larenz I § 18 150.

7) Vgl. § 4 N 37, 38. Die Abnahmepflicht des Käufers steht nur ausnahmsweise im synallagmatischen Verhältnis.

8) Das gleiche wie N 7 dieser Arbeit gilt beim Werkvertrag für die Abnahme des Werkes.

Die Verknüpfung «hinsichtlich der Geltendmachung und des Fortbestandes der Leistungspflichten» [9]) (sog. funktionelles Synallagma) ist in OR 82 (vgl. OR 75 und 184 II), 83, 107 09 und 119 geregelt.

1. Die Reihenfolge der Erfüllung.

Der rechtliche Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung wirkt sich in der Reihenfolge der Erfüllung aus :

Diese kann sich ergeben aus der Abmachung der Parteien, z. B. beim Kreditkauf (Uebertragung der Kaufsache zu vollem Recht und Genuss, Preiszahlung wird aber erst später fällig). Pränumerationskauf (Verkäufer übergibt Kaufsache gegen Vorauszahlung): aus den in reichem Masse existierenden Verkehrssitten oder aus den Umständen, so setzt z. B. Art. 832 ZGB als üblich voraus, dass die Entlassung des bisherigen Schuldners durch den Gläubiger erst nach der Eigentumseintragung angebahnt werde [10]). Fehlen Parteivereinbarung oder Verkehrssitte, dann gelten subsidiär gesetzliche Vorschriften, zunächst jene im speziellen Teil des OR vorgesehenen, z. B. OR 262 II, 286 II, 333, 389 [11]). Ergibt sich überhaupt keine Reihenfolge der Erfüllung, dann gilt allgemein die Regel in OR 82 [12]).

2. Das Angebot der Leistung.

Grundsätzlich muss die Leistung effektiv angeboten werden (Realoblation). Die Meldung der Erfüllungsbereitschaft (Verbaloblation) genügt nur, wenn der Gläubiger zum vornherein bestimmt erklärt, die Leistung nicht abnehmen und zahlen zu wollen [13]) oder zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist : «Hat z. B. der Schuldner den Vertrag bestritten und ist «franko, verladen» vereinbart, so genügt der Gläubiger seiner Erfüllungsbereitschaft, wenn er die Ware so bereit hält, dass sie auf erstes Begehren in den Bahnwagen verladen werden kann. Das Verladen in den Bahnwagen würde hohe Bahnspesen verursachen, die bei einem Streite zwischen den Parteien sich bald stark auflaufen würden. Solche unnützen Kosten darf der Gläubiger nach Treu

9) Larenz a. a. O. 150.

10) BGE 57 II 321 (in casu : Befreiung von den Grundpfandschulden erst nach Eigentumsübertragung).

11) Regel : Vorleistungspflicht des Sachschuldners.

12) Beim Distanzkauf (Ausland), wo die Erfüllungshandlung des Verkäufers in der Versendung liegt und ihm in diesem Augenblick der Kaufpreis bezahlt werden muss, wird meistens ein Treuhänder bestellt, in der Regel eine Bank, bei welcher ein Akreditiv eröffnet wird, die dann gegen Vorweisung der Dokumente (z. B. der Versandpapiere des Transportunternehmens oder einer abgestempelten Zollausfuhrdeklaration ev. mit einem Ursprungszertifikat) dem Verkäufer den Betrag aushändigt. Vgl. zur Frage der vorübergehenden Sistierung der Fälligkeit durch Einrede BGE 58 II 416, 76 II 229. Vgl. zu OR 82 die Kommentare Oser/Schönenberger und Becker; v. Tuhr/Siegwart II 495 ff.

13) BGE 35 II 593.

und Glauben nicht verursachen. Die gleiche Entscheidung stellt sich beim Distanzkauf» [14]). Aber auch hier steht dem Gläubiger der Gegenbeweis offen, dass nämlich trotz Meldung der Erfüllungsbereitschaft die Leistung noch nicht lieferungsbereit war [15]).

3. Der Schutz der vorleistungspflichtigen Gegenpartei (OR 83).

In gewissen Fällen kann die vorleistungspflichtige Gegenpartei die im synallagmatischen Verhältnis gegenüberstehende Leistung solange zurückbehalten, bis ihr die Gegenleistung sichergestellt wird, z. B. durch Bürgen oder Hinterlegung von Wertpapieren. Dadurch wird die Fälligkeit des Anspruchs des Vorleistungspflichtigen hinausgeschoben. Das Gesetz verlangt Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Vertragspartners seit Vertragsschluss [16]) und Gefährdung des Anspruchs infolge dieser nachträglichen Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen. Wird der Gläubiger innerhalb einer angemessenen Frist auf sein Begehren hin nicht sichergestellt, so kann er wegen der in der Persönlichkeit des Schuldners eingetretenen Lage vom Vertrag zurücktreten (OR 83 II). Dabei handelt es sich hier um einen Rücktritt ohne Schadenersatz, da der Schuldner zur Sicherheitsleistung nach OR 83 II nicht verpflichtet ist [17]). OR 83 ist eine Art gesetzlicher clausula rebus sic stantibus [18]). Der Rücktritt nach OR 83 ist nur solange möglich, als die Forderung gegen den Zahlungsunfähigen nicht fällig ist. Ab Fälligkeit ist nach OR 107 vorzugehen. Trotzdem also der Gläubiger, wenn er die Fälligkeit abwartet, im Gegensatz zum Vorgehen nach OR 83 den Schaden — auch den infolge des Abwartens entstandenen — ersetzt erhält, ist für ihn in diesen Fällen der sofortige Rücktritt nach OR 83 ohne Schadenersatz meistens doch vorteilhafter; denn was nützt ihm ein Schadenersatzanspruch gegen einen zahlungsunfähigen Schuldner? Auch ohne Schadenersatz hat deshalb die Rücktrittsmöglichkeit nach Art. 83 OR neben den Rechtsbehelfen aus OR 107 ff. unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes durchaus ihren Sinn.

14) Göschke ZBJV 60 29/30.
15) BGE 26 II 332, 27 II 395, 35 II 593.
16) Liegt der Tatbestand des Art. 83 OR vor Vertragsschluss vor, dann kann wenn der Vorleistungspflichtige davon keine Kenntnis hatte, Anfechtung wegen Irrtum in Betracht kommen.
17) v. Tuhr/Siegwart II 506 oben und unten N 69 a; BGE 64 II 265.
18) Anwendungsfälle OR 250, 266, 295, 316, 354, 392, 545, 575, 578 (vgl. Merz VSJ 76 427/28 a).

II. Die Fristansetzung.

1. Der Zeitpunkt der Fristansetzung.

In der Regel wird die Nachfrist nach Verzugseintritt angesetzt [19]). Sie wandelt das Schuldverhältnis in ein Fixgeschäft mit ausschliesslichem Liefertermin und gewährt dem Schuldner die letzte Gelegenheit, den Verzug zu heilen: «Die Rechtslage beruht hier darauf dass die Sache auf die Schneide gesetzt wird» [20]). Die Frist ist eine Aufforderung des Gläubigers, innerhalb der von ihm bestimmten und angemessenen Zeit zu erfüllen. Sie kann, da das Gesetz nichts sagt, zu beliebiger Zeit angesetzt werden. Als allgemeine Regel gilt, dass der Gläubiger mit der Fristansetzung nicht zuwarten soll: «Les opérations contractuelles devant être liquidées rapidement, il est à désirer qu'il fixe le délai immédiatement après que la demeure est constatée» [21]).

Da nach OR 107 der Schuldner auch nach Ablauf der Frist immer noch erfüllen kann und darf, erscheint es uns angebracht, bei der Behandlung der Verzichterklärung auf die Bedeutung der Nichtgeltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger näher einzutreten [22]). Die dort über das einfache und qualifizierte Schweigen des Gläubigers gemachten Ausführungen gelten auch hier, wenn sich der Gläubiger passiv verhält.

2. Der Inhalt der Fristansetzung.

Die Nachfristansetzung besteht in der Bekanntgabe einer äussersten Frist durch den Gläubiger an den Schuldner, innert welcher dieser seine Leistung zu erbringen hat. Nicht notwendig ist, dass dem Schuldner dabei schon die Rechtsnachteile, welche ihn bei Nichtbeachtung der Frist treffen sollen, angedroht werden. Guhl [23]) ist in dieser Beziehung vollauf beizustimmen, wenn er sagt: «Wohl als Nachwirkung der Ordnung, wie sie im alten OR war, ist es im Verkehr stets noch üblich, in dieser rechtsgeschäftlichen Mitteilung des Gläubigers an den säumigen Schuldner den «Rücktritt» anzudrohen oder auch schon von «Schadenersatz wegen Nichterfüllung» zu sprechen oder die «Annullierung» des Vertrages anzuzeigen. Es ist keineswegs bestritten, dass man als Gläubiger so vorgehen kann und darf. Aber es ist unklug, weil man sich als Gläubiger

19) Die vor Verzugseintritt erfolgte Nachfristansetzung hat gleichzeitig die Bedeutung der den Verzug herbeiführenden Mahnung. Die Möglichkeit dieses «abgekürzten Verfahrens» wird von der Doktrin und Praxis allgemein anerkannt; vgl. Oser/Schönenberger Art. 107 N 13; v. Tuhr/Siegwart II 591; BGE 15 869; BlZüR 23 Nr. 25 37. Ueber die Fristansetzung vor Fälligkeit vgl. Biedermann 61, Vetsch 40, Voser 70, Honegger 37, Blass JZ 14 81, Becker Art. 107 N 12.

20) Kohler I 154.

21) Comment 69.

22) Vgl. III 3 dieses Paragraphen.

23) Guhl Festgabe Wieland 141.

damit bloss das Wahlrecht verscherzt und sich selber der Vorteile begibt, die das Gesetz dem vertragstreuen Teil verschaffen wollte. Der Gläubiger der es einfach nicht übers Herz bringt, es bei der blossen Fristansetzung zu lassen, der möge doch wenigstens seine Drohung vorsichtig fassen, d. h. bloss in den neutralen Zusatz kleiden, dass er sich nach unbenütztem Ablauf der Frist «alles weitere vorbehalte» oder — wenn auch das nicht beliebt und der Gläubiger bereits fest entschlossen ist, nach Ablauf der Frist die vertragliche Leistung des Schuldners nicht mehr anzunehmen — dass er «auf nachträgliche Erfüllung verzichte»» [24]). Einzig beim Sukzessivlieferungsvertrag muss mit der Fristansetzung die Androhung verbunden werden, dass der Gläubiger die Rechte aus OR 107 entweder auf den ganzen Vertrag oder nur auf die einzelne Rate ausdehne [25]).

3. Die Angemessenheit der Frist.

Die Frist wird gesetzt, damit der Schuldner die schon begonnene Erfüllungshandlung beendigen kann. Sie bezweckt nicht, den für die Beschaffung der Ware vertraglich vorgesehenen Zeitraum neuerdings zu bewilligen, sondern will den Schuldner nur davor bewahren, dass ihm die Erfüllungshandlung unerwarteterweise entzogen werde [26]).

Welche Frist angemessen ist, «bestimmt sich aus den Umständen und dem konkreten Vertragszweck» [27]). Zu berücksichtigen sind: Wichtigkeit und Schwierigkeit [28]) der Leistung und das mehr oder weniger dringende Bedürfnis des Gläubigers an der Erfüllung [29]): «Die Frist ist umso kürzer zu bemessen, je grösser das Interesse des Gläubigers an der baldigen Erfüllung ist, denn es handelt sich um eine dem säumigen Schuldner gewährte Nachsicht, die zu keiner erheblichen Benachteiligung des vertragstreuen Gläubigers führen darf [30]). Keineswegs darf also die Angemessenheit nur im Hinblick

24) Vgl. zur Frage der Verzichterklärung mit der Nachfristansetzung oder während der Nachfrist Oser/Schönenberger Art. 107 N 33; v. Tuhr/Siegwart II 596 N 85 a - N86 a; Göschke ZBJV 60 78/79; BGE 48 II 102, 50 II 19; BlZüR 28 Nr. 30 54, Nr. 90 170; ZBJV 55 508. Vgl. ferner Comment 79, Blass JZ 14 82.

25) v. Tuhr/Siegwart II 602; Oser/Schönenberger Art. 107 N 39; Vetsch 68, 73. Vgl. OR 265, 293. Vgl. RG 61 218.

26) BGE 43 II 230.

27) Oertmann I § 250 69.

28) Unangemessen wäre z. B. die Frist, wenn der Gläubiger weiss, dass der Schuldner die schon begonnene Erfüllung nicht mehr beendigen kann, z. B. die schon verschaffte Ware nicht mehr verladen kann.

29) JZ 8 Nr. 94, 105; Semaine juduciaire 68 61 ff.

30) v. Tuhr/Siegwart II 591; Becker Art. 107 N 22: «Für Zahlungen sind im allgemeinen kürzere Fristen anzusetzen als für Sachleistungen, besonders wenn diese auch noch Arbeit erfordern». Vgl. BGE 29 II 265, 35 II 237, 43 II 230; ZBJV 55 77 (Fristen für Sachleistungen); Vgl. BGE 48 II 462; BlZüR 29 Nr. 116 290 (Fristen für Zahlungen). Im OR ist die Dauer der Nachfrist vorgeschrieben in den Art. 265, 293.

auf den Schuldner geprüft werden. Sehr treffend formuliert Romeick die angemessene Frist als «eine Diagonale der beiderseitigen Interessen» [31]).

Nicht die Wirkung einer Nachfristansetzung hat die Aufforderung an den Schuldner, innerhalb «angemessener Frist» zu leisten [32]). Auch die Fristansetzung zur Abgabe einer Erklärung über die Bereitwilligkeit des Käufers zur Abnahme und Zahlung genügt nicht [33]).

Bezüglich der Folgen einer nicht angemessenen Frist ist zu unterscheiden :

a. Die zu kurze Frist [34]). Entweder anerkennt der Schuldner die nach seiner Ansicht zu kurze Frist nicht und erfüllt innerhalb derjenigen, die er für angemessen erachtet [35]) oder er erfüllt überhaupt nicht [36]). Gegen die zu kurze Frist muss aber der Schuldner — wenn sie sich nicht als Schikane darstellt — sofort begründeten Einspruch erheben : «Dies wird beispielsweise dann zutreffen, wenn der Schuldner der Fachmann ist und der Gläubiger nicht, oder wenn zur Erfüllung Momente in Betracht fallen, die dem Gläubiger nicht bekannt sind [37]). Erklärt sich der Gläubiger mit der vom Schuldner als angemessen bezeichneten Frist nicht einverstanden, so bleibt der Schuldner trotzdem verpflichtet innerhalb der ihm als angemessen erscheinenden Frist zu erfüllen oder Erfüllung anzubieten [38]). Hat der Schuldner der Ansetzung einer zu kurzen Frist nicht widersprochen und binnen einer Nachfrist, die billigerweise als die äusserste in Betracht fallen kann, nicht erfüllt, so gilt diese (zu kurze) Frist als angemessen [39]). Einer ev. späteren Einrede des Schuldners gegenüber würde dem Gläubiger die Replik der Arglist zustehen [40]).

b. Die zu lange Frist. Eine länger als angemessen gesetzte Frist ist insofern wirksam als der Gläubiger vor deren Ablauf nicht nach OR 107 vorgehen darf [41]) und der Schuldner berechtigt ist, in jedem Zeitpunkt innerhalb der Frist zu leisten [42]). Doch soll die

31) Romeick DJZ 6 495.
32) v. Tuhr/Siegwart II 591; Becker Art. 107 N 23; Göschke ZBJV 60 75; a. M. Enneccerus/Lehmann II § 18 87.
33) RG 101 398.
34) Vgl. E. Meyerhofer, Ueber die Folgen der Ansetzung einer zu kurzen Nachfrist nach OR 122, JZ 6 169 ff.
35) Vgl. Becker Art. 107 N 23.
36) Wenn der Schuldner zur Erfüllung des Vertrages überhaupt nichts mehr tut, dann ist der Gläubiger, auch wenn die Frist unangemessen ist, berechtigt nach OR 107 vorzugehen (BGE 46 II 253).
37) Göschke ZBJV 60 75/76; vgl. RG 56 233.
38) BGE 46 II 251.
39) Becker Art. 107 N 23, 25; Oser/Schönenberger Art. 107 N 15; v. Tuhr/Siegwart II 591/92; ZBJV 41 215; BlZüR 29 Nr. 116 289.
40) JZ 6 170/71.
41) Vgl. Becker Art. 107 N 24.
42) Staub/Heinichen III Anh. zu § 374 N 92.

Frist «nicht übermässig lang sein, so dass man zur Auffassung kommt, der Gläubiger dringe nicht ernstlich auf Leistung und werde sich nach Ablauf der Frist wieder zu einer Verlängerung herbeilassen. Diese Auffassung muss sich aber offenbar ergeben, denn der Schuldner kann natürlich schon vorher erfüllen. Schliesslich geht es nicht an, eine etwas längere Frist einfach als fehlerhaft zu bezeichnen, wenn der Gläubiger im Bemühen nichts zu verfehlen, die Frist genügend lang angesetzt hat» [43]). Eine übermässig lange Frist kann auch in Spekulationsabsicht gesetzt werden, wenn z. B. bei steigenden Preisen der Käufer weiss, dass Verkäufer auch innert der langen Frist nicht leisten kann. In einem solchen Fall ist dann bei der Berechnung des Schadenersatzes «nur diejenige Preisveränderung zu berücksichtigen, die eingetreten ist während einer Frist, die als Nachfrist angemessen gewesen wäre, die also ein Gläubiger, der sich von keinen solchen Spekulationsabsichten hätte leiten lassen, als angemessen angesetzt hätte» [44]).

4. Die richterliche Fristansetzung.

Lässt der Gläubiger die Frist durch die zuständige kantonale Behörde (am Wohnsitz des Schuldners) ansetzen, so besteht wohl die grössere Gewähr für deren Angemessenheit, die aber im Prozess vom Gericht immer noch überprüft werden kann [45]). Die richterliche Fristansetzung ist nur «präsumptiv angemessen» [46]), d. h. die Frage ist «nicht definitiv entschieden, weil die Fristansetzung durch die Behörde auf das einseitige Gesuch des Gläubigers hin erfolgt ist, so dass die Möglichkeit besteht, dass wichtige Momente im Gesuch nicht angeführt sind» [47]). Diese Fristansetzung hat somit neben der Bedeutung, dass sich der Gläubiger ein Beweismittel sichert, nur die Vermutung der Angemessenheit für sich [48]). Mit Recht führt Meyerhofer aus, dass die richterliche Fristansetzung mit einer gewissen Umständlichkeit verbunden ist, vor welcher der Kaufmann zurückschreckt [49]).

5. Die Einhaltung der Frist.

Erfüllt der Schuldner nicht «am letzten Tag der Frist innerhalb der üblichen Geschäftszeit» [50]), so ist die Rechtzeitigkeit der Erfüllung auch dann zu verneinen, wenn diese einige Stunden nach Fristablauf erfolgt: «Der Zweck der Ansetzung solcher ziffermässig bestimmter Fristen: eine genaue zeitliche Grenze zu schaffen,

43) Göschke ZBJV 60 75.
44) Becker Art. 107 N 24.
45) BGE 42 II 224; BlZüR 15 Nr. 43 76, 20 Nr. 102 193 ff. Vgl. Lemp 32 N 1.
46) Voser 70.
47) Göschke ZBJV 60 76.
48) BlZüR 15 Nr. 43 76.
49) JZ 6 170.
50) Becker Art. 107 N 31.

innerhalb welcher der Schuldner doch noch leisten kann, rechtfertigt eine strenge Auslegung durch den Gläubiger» [51]). Doch darf letzterer nicht rechtsmissbräuchlich auf seiner Rechtsstellung beharren [52]). Er wird die Leistung annehmen müssen, wenn es sich um eine minime, noch dazu durch besondere unverschuldete Verhältnisse des Schuldners verursachte Fristüberschreitung handelt, ferner die geschuldete Leistung vollständig angeboten wurde und der Gläubiger an der genauen Einhaltung der Frist nachweisbar kein berechtigtes Interesse hatte [53]). Es gelten die gleichen Grundsätze, wie wenn beim Fixgeschäft die vertraglich festgesetzte Lieferfrist geringfügig überschritten wird [54]).

Beim Distanzkauf ist die Dauer des Transportes von der Frist abzuziehen, der Fristrest bildet die angemessene Nachfrist [55]).

6. Die mehrmaligen Fristansetzungen.

Sie sind grundsätzlich zulässig: «Denn wenn der Gläubiger davon absieht, sofort nach Ablauf der ersten Frist von dem ihm durch Gesetz eingeräumten Rechte Gebrauch zu machen, sondern zuvor dem säumigen Schuldner neuerdings eine Nachfrist ansetzt, so geschieht dies in der Regel aus Entgegenkommen diesem gegenüber, und der Schuldner hat es in der Hand, durch nachträgliche Erfüllung zu verhindern, dass der Schaden angesichts der Marktlage anwachse» [56]).

Nach Becker [57]) darf aber der Gläubiger dieses Spiel nicht wiederholen, um den Schuldner zu benachteiligen oder auszubeuten. Daraus folgt, dass ein Gläubiger die Marktlage so weit auszunützen berechtigt ist, als ihm das Recht dazu freie Bahn schafft und lässt. Eine mehrmalige Fristansetzung durch den Gläubiger darf durchaus berechtigterweise in Spekulationsabsicht erfolgen, unter der Voraussetzung, dass für den Schuldner überhaupt noch eine wenn auch vielleicht wirtschaftlich äusserst unvorteilhafte Leistungsmöglichkeit besteht [58]). Der Kaufmann spekuliert ja auf die Wertsteigerung, und die Ausnutzung der Marktlage ist sein Beruf. Andererseits hat auch der Schuldner eine gewisse Spekulationsmöglichkeit auf Kosten des Gläubigers: «Der Schuldner ist ja be-

51) BGE 51 II 325; vgl. Spiro BSR 25 315.
52) Becker Art. 107 N 31.
53) BlZüR 29 Nr. 116 290; JW 1915 Nr. 10 1004.
54) RG 117 356.
55) RG 68 329 (wird Eintreffen am Bestimmungsort innerhalb der Frist verlangt, so ist dies unschädlich, da sich die Angemessenheit der Frist auf die Leistung am Erfüllungsort bezieht).
56) BGE 43 II 355 (in casu 4 Fristansetzungen, wovon die dritte gerichtlich. Erste Frist 14. April 1916, Ablauf der letzten 24. September 1916), 41 II 411; BlZüR 40 Nr. 92 240 (erste Frist 28. Februar 1935, zweite Frist 14. Mai 1936).
57) Becker Art. 107 N 34.
58) Besteht diese nicht, so gilt das zur zu langen Fristansetzung II 3 a dieses Paragraphen bemerkte entsprechend.

rechtigt, während der Frist zu leisten, er kann nun, umgekehrt wie der Gläubiger, à la baisse spekulieren, indem er erfüllt, wenn seine Leistung im Wert sinkt» [59]).

7. Die Voraussetzungen der Entbehrlichkeit der Fristansetzung.

Die Ansetzung einer Frist ist in folgenden Fällen nicht erforderlich :

a. Wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde (OR 108 Ziff. 1) [60]), insbesondere der Schuldner nach Verzugseintritt ernstlich und bestimmt erklärt hat, nicht leisten zu wollen oder nicht leisten zu können :

aa. Die Erfüllungsverweigerung; der Schuldner verhält sich z. B. seit Beginn des Lieferungsverzuges «stetsfort und bestimmt» [61]) ablehnend gegenüber dem Begehren des Gläubigers auf Realleistung und stellt sich auf den Standpunkt, die Lieferung sei ihm durch Kriegsausbruch verunmöglicht worden und es könne sich nur noch um Leistung einer Geldentschädigung, auf Grund gütlicher Einigung oder gerichtlicher Erledigung, handeln [62]).

bb. Der Schuldner kann nicht leisten; in einem Fall wurde der Rücktritt des Lizenznehmers wegen Untauglichkeit des Verfahrens bzw. Unbrauchbarkeit der Erfindung zum vorausgesetzten Zweck geschützt und festgestellt, dass auch die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung nicht Remedur geschafft hätte [63]).

b. Wenn infolge des Verzuges des Schuldners (nicht aus anderen Gründen) [64]) die Leistung für den Gläubiger nutzlos (nicht völlig, absolut) [65]) geworden ist (OR 108 Ziff. 2 : Interessefortfall) [66]).

c. Wenn sich aus dem Vertrag die Absicht der Parteien ergibt, dass die Leistung genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll (OR 108 Ziff. 3) [67]). Es ist dies der Fall des sog. Fixgeschäftes [68]), das auch vorliegt, wenn ein bestimmter Versendungstermin festgesetzt worden ist, z. B. die Bestimmung, die Ware müsse «spätestens am 15. Mai 1914 von Genua abrollen» [69]).

59) Voser 73/74.
60) Vgl. Becker Art. 108 N 3 ff.; Oser-Schönenberger Art. 108 N 3; v. Tuhr/Siegwart II 592.
61) BGE 43 II 229; vgl. über die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit § 11 I dieser Arbeit.
62) Vgl. BGE 44 II 271, 45 II 348, 48 II 224, 51 II 64, 54 II 64.
63) BGE 51 II 64/65, 38 II 122; RG 109 236.
64) Nutzlosigkeit muss mit dem Verzug in Kausalzusammenhang stehen.
65) Becker Art. 108 N 8.
66) Vgl. z. B. JZ 4 Nr. 6 bei Becker Art. 108 N 11; Becker Art. 108 N 7 ff.; Oser/Schönenberger Art. 108 N 4; v. Tuhr/Siegwart II 593.
67) Vgl. als Sondertatbestand zu OR 108 Ziff. 3 den Art. 190 I OR.
68) Vgl. Schobert, Wilhelm Das kaufmännische Fixgeschäft nach Gesetzgebung und Gerichtspraxis in der Schweiz (Diss. Bern 1949) 2 f.; Becker Art. 108 N 12 ff.; Oser/Schönenberger Art. 108 N 5; v. Tuhr/Siegwart II 593.
69) BGE 41 II 679.

d. Wenn die verkaufte Sache gegen Vorausbezahlung des Preises oder Zug um Zug zu übergeben ist und sich der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug befindet (OR 214 I).

e. Wenn sich der Verkäufer beim Abzahlungsgeschäft bis zur vollständigen Zahlung das Eigentum an der verkauften beweglichen Sache oder den Rücktritt vorbehalten hat und der Käufer mit einer Teilzahlung in Verzug kommt (OR 226).

f. Wenn bei der Versteigerung der Erwerber nicht Zahlung in bar oder gemäss den Versteigerungsbedingungen leistet (OR 233 II).

g. Wenn der Schuldner auf die Fristansetzung verzichtet hat [70]) oder sie vertraglich ausgeschlossen worden ist.

h. Wenn der Schuldner vor Fälligkeit der Leistung bestimmt und endgültig die Erfüllung verweigert [71]).

In allen diesen Fällen a — h steht es dem Gläubiger frei, trotzdem eine Frist anzusetzen, d. h. nach allgemeinen Grundsätzen vorzugehen. Setzt z. B. der Gläubiger, wenn ein Fixgeschäft vorliegt, eine Frist, dann wandelt er dieses in ein Nachfristgeschäft im Sinne von OR 107 um, was für ihn Fristrespektierung zur Folge hat [72]). Im Zweifel empfiehlt sich als praktische Regel, immer eine Nachfrist anzusetzen: «Dies kann geschehen, wenn die Leistung des Schuldners dem Gläubiger dient und wenn der Gläubiger erfüllt hat oder erfüllungsbereit ist. Das Ansetzen einer Nachfrist ist dann sicherer als sich auf OR 108 zu verlassen, denn die Folgen einer unrichtigen Würdigung sind weittragende und nachher nicht mehr gut zu machen. Wird nämlich das Ansetzen einer Frist versäumt, wo sie erforderlich war, dann fehlen die Voraussetzungen zum Verzicht auf die Leistung des Schuldners und eine Klage auf Schadenersatz oder Rücktritt mit Schadenersatz wäre nicht begründet [73]).

III. Das Vorgehen des Gläubigers nach Ablauf der Frist bis zum Zeitpunkt der Wahlerklärung gemäss OR 107.

1. Die gesetzliche Vermutung.

Wenn der Gläubiger nach Ablauf der Frist nicht unverzüglich den Verzicht auf Leistung erklärt [74]), dann vermutet das Gesetz, dass er am Erfüllungsanspruch im Sinne von OR 103 I (Real-

70) Vgl. RG 71 308, 104 375.

71) Vgl. über die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit § 10.

72) BGE 76 II 303/04. Vgl. OR 190 II, 214 II; vgl. ferner BGE 43 II 172, 355; 44 II 411, 49 II 33/34; ZBJV 58 174; BlZüR 19 Nr. 42 76, Nr. 103 195.

73) Göschke ZBJV 60 74.

74) Ausnahmsweise ist eine Verzichterklärung entbehrlich, nämlich dann, wenn Realerfüllung überhaupt nicht mehr in Frage kommen kann, z. B. wenn die Kaufsache veräussert worden ist (JZ 14 Nr. 157 193). Erfolgen muss sie hingegen auch in den Fällen von OR 108, ebenso bei der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit; darüber vgl. § 12 II.

erfüllung plus Schadenersatz wegen Verspätung) festhalte [75]). Die Brücke zur Erfüllungsklage ist somit noch nicht abgebrochen. Diese u. a. von Guhl [76]) kritisierte gesetzliche Vermutung [77]) ist die erste Variante des in OR 107 geregelten dreifachen Wahlrechts.

Die gesetzliche Regelung, wonach nach Ablauf der Frist im Sinne von OR 107 des Gläubigers Verzicht- und Erlasswillen nicht vermutet wird, rechtfertigt BlZüR 27 Nr. 191 370 [78]) wie folgt: «Denn aus der Nichtgeltendmachung eines Anspruches während einer bestimmten Zeit leitet das Gesetz nur die Verjährung ab, wobei gerade jene Momente die gesetzgeberischen Beweggründe zur Einführung dieses Rechtsinstitutes bilden, nämlich die Präsumtion des Verzichtes bei langjähriger Nichtgeltendmachung einer Forderung trotz Nützlichkeit der Leistung einerseits und die Verdunkelung des Tatbestandes im Verlaufe der Zeit andererseits. Während der Verjährungsfrist aber — die hier 10 Jahre beträgt, da es sich um vertragliche Ansprüche handelt — steht es dem Gläubiger regelmässig frei, seine Vertragsrechte geltend zu machen, wann er will. Verhält er sich während längerer Zeit passiv, so kann darin nicht ohne weiteres eine stillschweigende Willenserklärung im Sinne einer Aufgabe der Rechte gefunden werden, da dem Stillschweigen an und für sich weder im allgemeinen noch speziell im Handelsverkehr von vorneherein konstitutive Bedeutung zukommt. Zur Verzichtsannahme ist vielmehr ein qualifiziertes Schweigen in dem Sinne erforderlich, dass zu dem passiven Verhalten noch besondere Umstände hinzukommen, die in Verbindung mit jenem nach der allgemeinen Lebenserfahrung und Verkehrsanschauung den Schluss auf einen Verzichtswillen als begründet erscheinen lassen, ohne dass dabei der Berechtigte sich der Schlüssigkeit seines Verhaltens bewusst zu sein brauchte, d. h. einen auf Herbeiführung dieses Rechtserfolges gerichteten Geschäftswillen haben musste» [79]). So wurde als illoyal verspätete Geltendmachung von Rechten eine Klage abgewiesen, die im Januar 1927 eingereicht wurde, während der Klaganspruch sich auf Vorgänge im Sommer 1921 und Winter 1921/22 bezog und der Gläubiger mit dem Schuldner zudem in den Jahren 1922 und 1923 Verträge über andere Waren abgeschlossen hatte [80]). In einem anderen Fall ruhte die Sache nach Fristablauf nur ein Jahr: «Da es sich aber um Handelsware handelte und das Preisbarometer die allerheftigsten Sturzbewegungen verzeichnete, so muss sich der Gläubiger gefallen lassen, dass er so angesehen wird, als habe er

75) BGE 41 II 249.
76) Guhl Festgabe für Wieland 41; Lemp 33 f.
77) Als Annahme gilt das Schweigen auch in OR 395, 425, 440, 467. Vgl. OR 6.
78) Vgl. BlZüR 40 Nr. 92 240.
79) Vgl. BGE 54 II 202.
80) ZBJV 64 181.

auf die nachträgliche Geltendmachung der Vertragsrechte verzichtet» [81]).

2. Das Beharren auf Realexekution [82]).

Statt zu schweigen kann der Gläubiger auch ausdrücklich auf Erfüllung beharren. Dies ist sogar auf die Weise möglich, dass er schon mit der Fristansetzung die Erklärung verbindet, dass er bei Stillschweigen des Schuldners nach deren Ablauf auf Erfüllung klagen werde. Geht der Gläubiger so vor, dann bindet ihn diese Erklärung, d. h. er darf nach Ablauf der Frist nicht ohne weiteres auf Erfüllung verzichten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Er müsste erneut eine Frist ansetzen [83]). Auch hier wird man einem Gläubiger, der in offenbarer Spekulationsabsicht von der Realerfüllung mittels Fristansetzung zum Verzicht übergeht, die Einrede der mala fides entgegenhalten können [84]).

3. Die unverzügliche Verzichterklärung.

Erfüllt der Schuldner bis zum Ablauf der Frist nicht, so kann der Gläubiger auf nachträgliche Leistung verzichten. Diese an keine bestimmte Form gebundene Verzichterklärung ist unwiderruflich. Nach feststehender Praxis darf sie schon mit der Fristansetzung verbunden werden [85]), was zur Folge hat, dass nach Ablauf der Frist die erste Variante dahinfällt [86]). Weder steht dem Gläubiger die Erfüllungsklage weiterhin zu, noch braucht er ein nachträgliches Erfüllungsangebot des Schuldners zu berücksichtigen [87]). Nur durch Vereinbarung zwischen den Parteien können diese Rechte wieder aufleben. Wenn der Schuldner dann wiederum nicht erfüllt, so ist die Lage die gleiche wie vor der Fristansetzung [88]).

a. Der Zeitpunkt der Abgabe der Verzichterklärung.

Das Gesetz verlangt unverzügliche Anzeige der Verzichterklärung. Dies ist aber nicht wörtlich zu nehmen. Nach v. Tuhr/Sieg-

81) JZ 17 347/48, 21 Nr. 14/15; BGE 17 705; BlZüR 7 Nr. 76 83, 21 Nr. 61 154; ZBJV 38 256; vgl. BGE 52 II 220.

82) Für den Schadenersatzanspruch wird wie im Falle von OR 103 Verschulden verlangt, also Möglichkeit der Entlastung durch Exkulpationsbeweis.

83) ZBJV 109 137; vgl. Göschke ZBJV 60 76/77; JZ 44 239; RG 109 137, 102 262.

84) Vgl. II 6 dieses Paragraphen.

85) BGE 44 II 174, 43 II 173/74, 354; BlZüR 18 Nr. 89 114, 30 Nr. 90 171. A. M. Blass JZ 14 82, Comment 79.

86) Behält sich der Gläubiger in der Fristansetzung vor, bei Nichteinhaltung der Frist auf Erfüllung oder auf Schadenersatz zu klagen, so enthält die Fristansetzung keine Verzichterklärung, d. h. diese hat nach allgemeiner Regel unverzüglich nach Ablauf der Frist zu erfolgen (BGE 44 II 174, 69 II 245 46).

87) BlZüR 40 Nr. 92 239.

88) Göschke ZBJV 60 80; ZBJV 57 238.

wart [89]) heisst «unverzüglich» die Zeit, die der Gläubiger nach den Umständen braucht, um seinen Entschluss über die Abwicklung des Geschäftes zu fassen [90]). Unverzüglich heisst somit weder «statim» noch «celeritas quam in suis» [91]). Mit dem Erfordernis der unverzüglichen Verzichterklärung wollte der Gesetzgeber verhindern, dass der Gläubiger in Ausnützung der Marktlage auf Kosten des Schuldners spekuliere [92]). Immer kommt es aber auf die Nebenumstände an und der Richter hat diese, so wird in JZ 17 Nr. 251 330/31 ausgeführt, nach Geschäftsgebrauch und Billigkeit zu würdigen : «Je weniger die Umstände angetan sind, dass der säumige Vertragsteil durch einen etwelchen Aufschub einen Nachteil erleidet, etwa indem er veranlasst würde, sich noch länger um die Beschaffung der verkauften Ware zu bemühen, oder der andere die Ungewissheit benütze, um einen Gewinn herauszuschlagen, indem er je nach einer weiteren Gestaltung der Geschäftslage die eine oder die andere Verzugsfolge wähle, umso weniger ist nötig, es damit peinlich streng zu nehmen, dass die Entschliessung unverzüglich erfolge» [93]).

Ein Schuldner der sich darauf beruft, dass die Verzichterklärung nicht unverzüglich erfolgt sei, muss seinerseits zur Erfüllung bereit sein [94]).

b. Der Inhalt der Verzichterklärung.

Kontrovers ist die Frage, ob der Gläubiger mit der Verzichterklärung schon die engere Wahlerklärung – Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt – zu verbinden hat. OR 107 regelt nur den Zeitpunkt der Verzichterklärung. Sicher ist, dass die Anzeige über die gewählte Rechtsfolge zugleich mit der Verzichterklärung bekannt gegeben werden darf [95]). Nach Oser/Schönenberger [96]) und v. Tuhr/Siegwart [97]) muss die Verzichterklärung zugleich die Entscheidung darüber enthalten, ob der Vertrag annul-

89) v. Tuhr/Siegwart II 598; BGE 69 II 245; BlZüR 27 Nr. 45 90.

90) Vgl. Göschke ZBJV 60 77/78.

91) Vgl. BlZüR 40 Nr. 92 234 (N 56 dieses Paragraphen) : nach einer letzten Fristansetzung am 14. Mai 1936 (von drei Tagen) erfolgte am 23. Mai die unverzügliche Verzichterklärung.

92) BGE 43 II 356, 54 II 32, 76 II 305; Oser/Schönenberger Art. 107 N 16.

93) Vgl. Göschke ZBJV 60 78. Bei Waren mit Preisschwankungen soll rascher erklärt werden als bei stabileren Verhältnissen. Ein vorsichtiger Gläubiger wird die Uebermittlung seiner Erklärung durch Telegraph oder Telephon je nach den Umständen nicht unterlassen. Vgl. Becker Art. 107 N 36; BGE 44 II 174.

94) BlZüR 18 Nr. 53 104.

95) Hingegen ist die unmittelbar im Anschluss an die Mahnung oder vor Ansetzung einer Frist erfolgte Ausübung des Wahlrechts im Sinne des Verzichtes auf Realerfüllung unwirksam und berechtigt auch den Schuldner nicht, daraus eine Befreiung von der Realerfüllung abzuleiten (ZBJV 81 74).

96) Oser/Schönenberger Art. 107 N 34.

97) v. Tuhr/Siegwart II 595.

liert oder interessemässig an ihm festgehalten werde. Die Gerichtspraxis [98]), Becker [99]), Guhl [100]), Göschke [101]) und Lemp [102]) vertreten folgende Ansicht: «Eine vorsichtige Abwägung der Interessen führt dazu, die Entscheidung über die Rechtsfolgen des nunmehr unheilbar gewordenen Schuldnerverzuges auf ein späteres Datum zu verschieben. Der Gläubiger muss nun Zeit haben, sich diese Rechtsfolgen zu überlegen und insbesondere einen Anwalt zu konsultieren... Uebrigens ist es mit der Gefahr, dass der Schuldner durch ein solches Zuwarten in der endgültigen Erledigung des Schuldnerverzuges ausgenützt werde, nicht weit her. Die Hauptfrage ist für den Schuldner ja bereits abgeklärt: Er weiss, dass er nicht mehr zu leisten hat, und kann sich darnach richten. Unentschieden bleibt, ob er eine bereits empfangene Gegenleistung behalten kann oder nicht, und Unsicherheit besteht ferner in der weiteren Frage, ob er eine noch nicht empfangene Gegenleistung noch erwarten kann oder nicht. Aber schliesslich hat der Schuldner diese Sachlage selbst herbeigeführt, indem er in Verzug geraten ist und von der Nachfrist keinen Gebrauch gemacht hat» [103]).

IV. Die engere Wahlerklärung, d. h. die Wahl der zweiten oder dritten Variante des dreifachen Wahlrechts.

1. Allgemeines.

Die engere Wahlerklärung kann erfolgen entweder schon in der Fristansetzung [104]), oder dann gleichzeitig mit der Verzichterklärung (indem statt der allgemeinen Verzichterklärung schon die Wahl erfolgt) oder aber erst nach dieser [105]). Nicht nur eine Verzichterklärung, sondern eine engere Wahlerklärung liegt darin, dass der Gläubiger in der Fristansetzung erklärt, er werde den Schuldner im Falle der Nichtlieferung innert der angesetzten Frist für allen Schaden aus der Nichterfüllung des Vertrages belangen; dann hat er im Sinne von OR 107 auf die vertragliche Leistung verzichtet und Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens verlangt [106]). Entscheidet sich der Gläubiger erst nach

98) JZ 16 Nr. 245 372 (=ZBJV 55 508/09).
99) Becker Art. 107 N 36 a. E.
100) Guhl Festgabe für Wieland 142/43.
101) Göschke ZBJV 60 78/79.
102) Lemp 129.
103) Guhl a. a. O. 143.
104) Nicht vorher; vgl. N 95 dieses Paragraphen.
105) Vgl. III 3 dieses Paragraphen.
106) BGE 43 II 173/74. Droht er jedoch für den Fall der Nichteinhaltung der Frist nur ganz allgemein Schadenersatzfolge an, so ist damit überhaupt keine Wahl, auch keine Verzichterklärung, getroffen; denn Schadenersatz schuldet der Schuldner bei allen drei Varianten; vgl. BGE 43 II 354/55, 50 II 19.

der Verzichterklärung endgültig für die zweite oder dritte Variante, so hat diese Wahl innert angemessener Frist nach Abgabe der Verzichterklärung zu erfolgen: «Sache des Richters wird es sein, im Einzelfalle nach seinem Ermessen und unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verkehr zu ermitteln, in welchem Zeitpunkt der Gläubiger seine endgültige Entschliessung dem Schuldner mitzuteilen und sein Wahlrecht auszuüben hatte. Gegen eine Ausbeutung des Schuldners und gegen allfällige Spekulationen des Gläubigers auf Kosten des Schuldners wird die Vorschrift über den Rechtsmissbrauch die nötige Hilfe leisten» [107]).

Die engere Wahlerklärung ist wie die Verzichterklärung unwiderruflich. Hat der Gläubiger vom Schuldner den aus der Nichterfüllung entstandenen Schaden verlangt, so kann er nicht noch nachträglich z. B. im Prozess den Kaufpreis fordern [108]). Wählte der Gläubiger den Rücktritt, so hat er damit auf den Anspruch aus der zweiten Variante verzichtet [109]). Deutsche Doktrin und Praxis gestatten dem Gläubiger, der Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat, von dieser Variante abzugehen und nachträglich zum Rücktritt (ohne Schadenersatz) zu greifen, der noch im Rechtsstreit bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung erklärt werden kann [110]). Ohne nähere Begründung lehnen v. Tuhr/Siegwart dieses ius variandi für das schweizerische Recht ab [111]). Zwischen den Folgen des Rücktritts nach OR und BGB besteht insofern ein Unterschied als sich nach BGB Rücktritt und aus Vertrag entspringender Schadenersatzanspruch ausschliessen [112]), während OR 109 II dem Gläubiger Ersatz des negativen Vertragsinteresses gewährt, das, wie wir noch sehen werden, oft sogar grösser sein kann als das Erfüllungsinteresse [113]).

2. Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

Wählt der Gläubiger Verzicht auf die nachträgliche Leistung und Ersatz des wegen Nichterfüllung entstandenen Schadens, so wird die Leistungspflicht des Schuldners in eine Schadenersatzpflicht umgewandelt [114]). Obgleich dies in OR 107 nicht erwähnt ist, kann der Schuldner seine Ersatzpflicht durch den Nachweis abwenden,

107 Guhl Festgabe für Wieland 143/44; Göschke ZBJV 60 79.
108) ZBJV 79 268.
109) JZ 21 300; siehe aber zur largen Auslegung der Frage ob diese oder jene Variante gewählt wurde, V dieses Paragraphen.
110) Vgl. RG 102 264/65, 107 348, 109 184; Enneccerus/Lehmann II § 53 220.
111) v. Tuhr/Siegwart II 596.
112) Statt vieler Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 35.
113) BGE 44 II 508.
114) Vgl. Lemp 134.

dass der Verzug ohne sein Verschulden eingetreten ist [115]). Es trifft dann OR 119 zu [116]).

Der Anspruch geht auf das positive Vertrags- oder Erfüllungsinteresse, d. h. auf die Differenz zwischen der Vermögenslage, die der Gläubiger bei richtiger Erfüllung gehabt hätte und dem Vermögen wie es sich auf Grund der Nichterfüllung stellt [117]).

Für die Bestimmung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens sind nach bundesgerichtlicher Rechtssprechung die Verhältnisse in dem Zeitpunkt, in welchem der Verzicht erklärt wurde, massgebend [118]), «weil unter der Nichterfüllung im Sinne von OR 107 nur die Nichterfüllung innert der Nachfrist, deren erfolgloser Ablauf den Verzicht veranlasst hat, verstanden sein kann» [119]). Wurde schon mit der Ansetzung der Nachfrist die Verzichterklärung verbunden, so ist für den Zeitpunkt der Bemessung des Schadens der Ablauf der Nachfrist massgebend. Ein Gewinn, der auch bei der Einhaltung der Nachfrist dem Gläubiger entgangen wäre, kann daher dem Schuldner nicht zur Last gelegt werden [120]). Der Schaden bemisst sich somit «nach dem Werte des untergehenden Erfüllungsanspruchs, und dieser hinwiederum nach dem gegenwärtigen Wert der Ware, d. h. nach dem Betrage den der Gläubiger im jetzigen Zeitpunkt für den Deckungskauf aufwenden müsste» [121]).

Umstritten ist die Frage, ob der Gläubiger, der eine Sachleistung zu erbringen hat und unter Geltendmachung des Schadenersatzes

115) v. Tuhr/Siegwart II 596, N 88 596.

116) Lemp 37.

117) Vgl. ausführlich über die aus der Nichterfüllung entstandenen Schadensposten Lemp 146 ff. (insb. 152 ff.).

118) BGE 43 II 510, 45 II 278, 288.

119) BGE 45 II 278 (dieser Schluss ergibt sich schon aus der Nachfristansetzung, die dem Schuldner die letzte Gelegenheit geben soll, die Leistung zu vollenden).

120) Becker Art. 107 N 42; BGE 45 II 278, 288.

121) BGE 45 II 289, 277. Vgl. die Kritik zu der Ansicht des Bundesgerichtes, wonach der Zeitpunkt der Verzichterklärung (bzw. Ablauf der Nachfrist) für die Bemessung des Schadens massgebend sein soll BlZüR 18 Nr. 153 293/94. Göschke ZBJV 60 87/88, Lemp 149 und Rubinstein JZ 44 272. Es ist nicht einzusehen, so führt Lemp a. a. O. aus, warum der Gläubiger, der auf nachträgliche Leistung verzichtet, nicht gleichgestellt werden sollte, wie wenn er Ersatz des durch die Erfüllungsverzögerung verursachten Schadens verlangt: «Er käme ja sonst umso schlechter weg, je nachsichtiger er mit dem Schuldner durch Einräumung von Nachfristen ist, und die Anwälte müssten dem Schuldner raten, ja nicht nachträglich zu erfüllen, sondern durch möglichst hartnäckige Erfüllungsverweigerung den Gläubiger zum Verzicht auf Erfüllung veranlassen». Auch Rubinstein a. a. O. fordert, dass der Verzichtende seinen Schaden berechnen dürfe als die Differenz zwischen dem, was er bei termingemässer Erfüllung gehabt hätte, und dem, was ihm nun davon entgangen ist. Der Ausdruck Nichterfüllung umfasst, so führt Rubinstein aus, das Ausbleiben der streng kontraktgemässen, termingerechten Erfüllung. Becker Art. 107 N 42 erwähnt in diesem Zusammenhang, dass sich der zur

wegen Nichterfüllung auf die nachträgliche Leistung des Schuldners verzichtet, die Gegenleistung erbringen muss (nach der sog. Austauschtheorie) oder sie zurückbehalten und die Höhe der Wertdifferenz, d. h. der Differenz zwischen dem erlittenen Schaden und der ersparten Gegenleistung in Rechnung stellen darf (nach der sog. Differenztheorie). Das Schrifttum über beide Theorien ist unüberschbar [122]). Das Bundesgericht lässt die Frage der Anwendung der beiden Theorien offen. BGE 44 II 248 (Austauschtheorie), BGE 50 II 20,21 (Differenztheorie), BGE 54 II 312 (umschreibt beide Theorien ohne Stellungnahme) [123]). Die kantonalen Gerichte, die Stellung zu nehmen hatten, stehen auf dem Boden der Differenztheorie [124]), ebenso mehrheitlich die neuere Doktrin [125]). Gesetzlich anerkannt wird die Differenztheorie in OR 191 und 215 für den kaufmännischen Verkehr. Mit Lemp vertreten wir die Ansicht, dass auf alle Fälle die Annahme unzutreffend ist, der Wortlaut des Gesetzes lasse nur die Austauschtheorie zu und schliesse die Differenztheorie aus [126]). Nur diese Mittelmeinung — freie Wahl zwischen Austausch - und Differenzanspruch — kann unseres Erachtens dem Sinn des Art. 107 OR entsprechen, der offensichtlich die Gläubigerinteressen berücksichtigt und nach E. Huber dem formell richtig vorgehenden Gläubiger «ausserordentliche Befugnisse» [127]) gibt. Ein Schuldner, der sich in Verzug befindet und nach Ablauf der letzten Frist nicht erfüllt hat, verdient nicht jene die Lage des Gläubigers ignorierende und somit unge-

---

Vermeidung eigenen Schadens auf pünktliche Erfüllung angewiesene Gläubiger durch ein Fixgeschäft sichern soll. Andererseits hebt Göschke a.a.O. hervor, dass der Abschluss von Fixgeschäften, der solche Kalamitäten auf ein Minimum reduzieren würde, nicht allgemein üblich sei, wenigstens nicht im mittleren und kleinen Geschäftsverkehr, welcher im allgemeinen eine gewisse Breite zu seiner Ausübung brauche, damit nicht eine für alle Teile unangenehme Nervosität und Streit entstehe. Bei dem von Rubinstein angeführten Fall handelte es sich um eine von einem schweizerischen Exporteur zu Exportzwecken gekaufte Ware, die er wegen der grossen Nachfrage im Ausland auf den Liefertermin mit beträchtlichem Gewinn über die Grenze hätte verkaufen können. Nun handelte es sich aber gerade in dem von Rubinstein erwähnten Falle um ein typisch konjunkturbedingtes Geschäft mit spekulativem Einschlag, welches im Hinblick auf den Nachkriegswarenhunger (befristeter Bedarf) abgeschlossen wurde und somit zum vorneherein ein aleatorisches Moment in sich trug. Ein vorsichtiger Exporteur hätte sich in seinem Lieferungsvertrag im Sinne von OR 108 Ziff. 3 sichergestellt.

122) Vgl. Lemp 41 ff.

123) Nach Guhl Festgabe für Wieland 145 und BlZüR 36 Nr. 190 hat sich dieser Entscheid tatsächlich auf den Boden der Differenztheorie gestellt. A. M. Lemp 45.

124) Vgl. BlZüR 36 Nr. 190 368 (bestätigt vom zürcherischen Obergericht, JZ 37 43) VAargR 28 37; ZBJV 79 269.

125) Vgl. die Zitate bei Lemp 44 N 4 - 6; Hürlimann 38; Secrétan JT 1947 I Nr. 2 34 ff., 44/45, 48 ff.

126) Lemp 58.

127) Amtliches Stenographisches Bulletin, Nationalrat, XIX Jahrg. 1909 535.

rechtfertigte Rücksicht, die ihm die ausschliessliche Anwendung der Austauschtheorie gewähren würde. Im Vordergrund stehen die Interessen des Gläubigers, die unter keinen Umständen geschmälert werden dürfen. Will der Gläubiger seine Leistung bereithalten und erfüllen, dann möge er sich für den Austauschanspruch entscheiden und die eigene Leistung anbieten, im andern Fall für den Differenzanspruch, dessen Anwendung unter Umständen zur Folge haben kann, dass der Verkäufer die gleiche Ware mit doppeltem Gewinn verkauft, ein Umstand, der dann bei der Schadensberechnung berücksichtigt wird [128]). Diese nicht auf dem Boden der Schuldnerschonung stehende Mittelmeinung wird auch von der herrschenden deutschen Doktrin und Praxis vertreten [129]). «Die Entscheidung des Gläubigers wird davon abhängen, ob das Opfer, das er zu erbringen gedachte, effektiv weniger oder mehr fühlbar war, als der erweisliche Vermögenswert der unmöglich gewordenen Leistung. War das Opfer geringer, so wird sich der Gläubiger für den Umtauschanspruch entscheiden, war das Opfer grösser, so kann ihm nur der Differenzanspruch genügen» [130]).

Keine praktische Bedeutung hat die Meinungsverschiedenheit, wenn der Sachschuldner in Verzug ist. Schadenersatz wegen Nichterfüllung ist Geldersatz. Er wird aufgerechnet.

Hat der Verzugsgläubiger, der zugleich Sachschuldner ist, bereits geleistet, dann entfällt — im Normalfall wo sich Sachschuldner und Geldschuldner gegenüberstehen — die zweite Variante. Nach der Differenztheorie kann er nicht vorgehen weil er die Sache in natura geleistet hat (die zweite Variante gibt kein Rückforderungsrecht); nach der Austauschtheorie kann er nicht vorgehen, weil diese mit der ersten Variante zusammenfällt.

Die Berechnung des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens kann in den Fällen von OR 191 und 215 konkret oder abstrakt erfolgen. Auch im bürgerlichen Verkehr sind beide Berechnungsarten zulässig [131]). Wir werden am Schluss des dritten Teils unserer Arbeit auf die sich im Zusammenhang mit der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit ergebenden Einzelfragen näher eintreten [132]).

---

128) BGE 65 II 175; vgl. Lemp 54/55. Der Gläubiger, welcher nach der einen oder anderen Theorie Schadenersatz verlangt, ist an seine Wahl gebunden (Lemp 130/31).

129) Vgl. statt vieler Enneccerus/Lehmann II § 53 222; RG 50 262.

130) Heck § 43 133; vgl. auch Siber 195 (Austauschtheorie widerspricht dem Interesse des Verkehrs an schneller Abwicklung und führt zur Prozessverteuerung, weil die Kosten nicht nach der Differenz, sondern nach den vollen ursprünglichen Schuldbeträgen zu berechnen sind).

131) Lemp 171, 176; BGE 49 II 34.

132) Vgl. § 12 III.

3. Der Rücktritt nach OR 109.

Die Rücktrittserklärung ist die dritte Variante des dem Gläubiger zur Verfügung stehenden dreifachen Wahlrechts. Auch diese Erklärung kann mit der Fristansetzung verbunden werden, ist unwiderruflich und an keine Form gebunden [133]).

Durch die Rücktrittserklärung wird das Vertragsverhältnis ex tunc aufgehoben, d. h. Rücktritt bedeutet Aufhebung des Vertrages «mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt seines Abschlusses», und deshalb hat «der Zurücktretende Anspruch darauf, so gestellt zu sein, wie wenn der Vertrag nicht abgeschlossen worden wäre, also insbesondere auch : wie wenn er zur Erfüllung desselben überhaupt noch nichts geleistet hätte» [134]).

Nach OR 109 kann der vom Vertrag zurückgetretene Gläubiger die Gegenleistung verweigern und das Geleistete zurückfordern [135]), sei es in natura (cum omni causa) oder als Ersatzanspruch (aus ungerechtfertigter Bereicherung) und zwar unabhängig von jedem Verschulden [136]). Die nicht rechtzeitige Rückgabe der Ware hat gemäss OR 103 Verzug zur Folge (ohne die regelmässig den Verzug begründende Mahnung) [137]). Die Ansprüche aus OR 109 sind vertragliche und unterliegen der 10 jährigen Verjährungsfrist [138]). Der aus dem Dahinfallen des Vertrages erwachsene Schadenersatzanspruch setzt ein Verschulden voraus [139]). Für den Schuldner wird es aber sehr schwierig sein, den Exkulpationsbeweis zu erbringen. Das Mass des Schadenersatzes bestimmt OR 41 ff., also Reduktionsmöglichkeit je nach Grösse des Verschuldens und nach den besonderen Umständen [140]). Massgebender Zeitpunkt für die Schadensbe-

133) Vgl. BGE 44 II 411; ZBJV 49 296. Genügend und zulässig ist die Abgabe dieser Wahlerklärung durch konkludentes Verhalten. So wurde vom Bundesgericht die Rückforderung der Gegenleistung als Rücktritt verstanden (BGE 44 II 505/06).

134) BGE 49 II 292; vgl. Simonius ZSR 37 257 N 63 c.

135) Rückforderungsrecht steht auch dem säumigen Schuldner zu, wenn er einen Teil seiner Leistung erbracht hat (vgl. v. Tuhr/Siegwart II 597/98 und JZ 37 297).

136) Vgl. Becker Art. 109 N 4 - 7; v. Tuhr/Siegwart II 598 N 99—101; Voser 84 ff.; Göschke ZBJV 60 88 ff.

137) BlZüR 46 Nr. 155 305.

138) BGE 60 II 27, 61 II 255; a.M. v. Tuhr/Siegwart II 898 N 100.

139) Die Haftung ist eine vertragliche (OR 99).

140) Nach Merz VSJ 76 423 a N 46 «liegt eine gewisse Inkonsequenz darin, dass dieser Reduktionsmöglichkeit im Falle der Forderung von Schadenersatz nicht auch eine entsprechende Möglichkeit gegenübersteht, wenn der Gläubiger auf der Erfüllung besteht. Es ist, vom Standpunkt des Schuldners aus gesehen, rein zufällig, ob der Gläubiger nach eingetretenem Verzuge sein Wahlrecht so oder anders ausübe, ob es sich um eine Leistung handle, deren tatsächliche Erfüllung überhaupt erzwungen werden könne oder nicht. Wenn schon zugegeben wird, dass die an sich mögliche Leistung verweigert und je nach den Umständen nur teilweiser Schadenersatz zugebilligt werde, so sollte bei gleicher Lage der besonderen Umstände auch der Erfüllungsanspruch nur teilweise durchgesetzt werden können».

rechnung ist die Rücktrittserklärung, «da von diesem Moment an der Vertrag aufgelöst ist und sich nun zeigt, was sich als Schaden darstellt» [141]).

Zu ersetzen ist das negative Vertragsinteresse, der Vertrauensschaden [142]), der sich mit dem Erfüllungsinteresse decken kann [143]), z. B. «wenn dem Zurücktretenden der Nachweis gelingt, dass er ohne den Abschluss mit der Gegenpartei mit einer anderen Firma einen entsprechenden Vertrag hätte eingehen können, der sicher erfüllt worden wäre. Die Möglichkeit des Abschlusses eines anderen, gleich günstigen Geschäftes darf aber nicht vermutet werden, und es ist Sache des Zurücktretenden, über die Möglichkeit eines solchen Vertragsschlusses die nötigen Angaben zu machen. Es genügt somit nicht, dass er ganz allgemein die Wahrscheinlichkeit eines solchen Vertragsabschlusses betont; es müssen vielmehr einzelne Firmen genannt werden, mit welchen solche Geschäfte tatsächlich möglich gewesen wären und mit welchen er unter Umständen sogar schon in Verhandlungen getreten ist. Hingegen kann ein Hinweis auf die allgemeine Geschäftslage nicht genügen: es bestünde doch sonst die Gefahr, dass ein Geschädigter auf Grund einer blossen Vermutung über ein mögliches Geschäft sachlich völlig ungerechtfertigte Ansprüche erhöbe» [144]). Auch Simonius [145]) führt aus, dass die Ergebnisse der Berechnung nicht einmal verschiedene zu sein brauchen; je nach den bei der Feststellung des Schadens in Betracht kommenden tatsächlichen Umständen können ebensogut das Interesse, welches der Kläger daran hat, dass der Vertrag erfüllt worden wäre, und das Interesse, welches er daran hat, dass von dem Vertrage überhaupt nicht die Rede gewesen wäre, gleich gross sein» [146]). Simonius bezeichnet es als einen Fehler, im Begriffe des negativen Vertragsinteresses einen Schaden von besonderem, beschränktem Umfange zu sehen; auf andere Weise als nach dem Rechtsgrunde der Schadenersatzpflicht seien Erfüllunginteresse und Vertrauensschaden nicht zu unterscheiden [147]).

---

141) Göschke ZBJV 60 91. Wird mit der Fristansetzung die Rücktrittserklärung verbunden, dann gilt als massgebender Zeitpunkt für die Berechnung des Vertrauensschadens der Ablauf der Frist.

142) Vgl. für die in Betracht fallenden Schadenposten v. Tuhr-Siegwart II 598/99; Guhl 68; Göschke ZBJV 60 90 91; Simonius ZSR 37 248; BGE 60 II 29 (zum negativen Interesse gehört auch der Ersatz für die allenfalls durch Zufall bereits untergegangene Leistung einer bestimmten Sache).

143) Becker Art. 109 N 9; Voser 87; Simonius ZSR 37 325 ff.; Wiemken 70 ff.; vgl. JW 1933 2938.

144) BlZüR 46 Nr. 155 303/04; vgl. BGE 44 II 508.

145) Simonius ZSR 37 246.

146) Vgl. Simonius a.a.O. 262 N 69 a.E.

147) Simonius a.a.O. 251; vgl. auch BGE 39 II 98.

V. Zur Frage der Auslegung der Wahlerklärung.

In BGE 76 II 306 wird zu dieser Frage ausgeführt, dass, wie jede rechtsgeschäftliche Erklärung, auch die hier in Frage stehende Wahlerklärung [148]) nach ihrem wirklichen Sinn und aus der gesamten Sachlage heraus verstanden werden müsse; vor allem dürfe man einen juristischen Laien nicht allzu streng beim Wort behaften [149]). Die Gerichtspraxis ist denn auch in der Auslegung solcher Erklärungen sehr large. In einem Fall erklärte eine Partei, sie trete vom Vertrag zurück. In dieser Erklärung könne, urteilte das Gericht, nur ein Verzicht auf nachträgliche Erfüllung unter Aufrechterhaltung des Vertrages liegen, wenn die Umstände und auch die weiteren Erklärungen der Partei dafür sprechen [150]). Nach unserer Ansicht ist ein massgebendes Kriterium für das, was der Gläubiger mit seiner Erklärung wirklich gewollt hat, vor allem dies, ob er seine eigene Leistung dem Schuldner realiter oder wertmässig zur Verfügung stellt oder nicht. Wenn der Gläubiger z. B. den Rücktritt unter Schadenersatzfolge erklärt, den Umständen aber zu entnehmen ist, dass er die Leistung nach der Austausch- oder der Differenztheorie dem Schuldner zur Verfügung stellen will, so ist entgegen der wörtlichen Erklärung anzunehmen, er habe die zweite Variante gewählt. Wenn er umgekehrt Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordert [151]), aus seinem übrigen Verhalten aber hervorgeht, dass er seine eigene Leistung nicht, auch nicht wertmässig, erbringen will, so ist auf Rücktritt vom Vertrag zu schliessen [152]). Es ist eben so, dass auch dieses übrige Verhalten mit zur Erklärung gehört, u. U. aufschlussreicher für das wirklich gewollte ist, als der blosse Wortlaut der Erklärung.

Gegen die Anwendung von OR 18 I auf eine nach OR 107 nicht eindeutig abgegebene Wahlerklärung sind u. a. Guhl [153]), Com-

148) In casu: Gläubiger machte in seiner mit der Wahlerklärung getroffenen Umschreibung als Schadenersatz einen Verdienstausfall von Fr. 50.000.— geltend, d. h. den entgangenen Gewinn der nach BG (vgl. aber Simonius N 145—47) nur im Rahmen des Erfüllungsinteresses gefordert werden könne (vgl. BGE 69 II 244/45, 54 II 313, 49 II 35/36, 44 II 505, 41 II 675, 679; Daeppen 211/12).

149) ZBJV 88 373; BlZüR 48 Nr. 19 41.

150) BlZüR 48 Nr. 19 41.

151) U. U. geht dies daraus hervor, dass nur positive Schadensposten eingeklagt werden.

152) Wenn z. B. eine Radiogenossenschaft gegenüber einer Theatergesellschaft mehrere kleine «positive» Schadensposten einklagt, weil diese in letzter Minute vertragswidrig eine Radioübertragung, für die ein Honorar von Fr. 3500.— vereinbart war, nicht durchführen liess, so kann vernünftigerweise nicht angenommen werden, jene habe die zweite Variante, also Erbringung der eigenen Leistung gewollt, was das Bezirksgericht Zürich in seinem unveröffentlichen Entscheid vom 27. 9. 1951 nicht klar erkannt hat.

153) Guhl Festgabe für Wieland 143 (ZBJV 88 373).

ment [154]) und Lemp [155]). Sie vertreten die Ansicht, dass es nicht zur Aufgabe eines Gerichtshofes gehöre, die vom Gläubiger abgegebene Wahlerklärung ihrem vernünftigen Sinn entsprechend und unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falles auszulegen [156]). Dem Gläubiger, der sich nach bundesgerichtlicher Rechtssprechung erst nach Abgabe der Verzichterklärung definitiv entscheiden müsse, sei eine genügend lange Wartefrist eingeräumt, um seiner Willenserklärung diejenige Fassung geben zu können, die vom Gesetz gefordert wird. Wort und Sinn der abgegebenen Erklärung müssen miteinander übereinstimmen, der Schuldner muss sich auf sie verlassen können [157]) : «Si le créancier se trompe dans le choix du parti à prendre, tant pis; ce n'est pas une raison pour que le juge répare sa faute» [158]).

154) Comment 76.
155) Lemp 128 f. (Art. 18 OR lässt den wirklichen Willen der unrichtigen Bezeichnung oder Ausdruckweise vorgehen, wenn in einem Vertrag der wirkliche Wille beider Parteien übereinstimmt).
156) BGE 44 II 505.
157) Guhl a. a. O.
158) Comment 76.

ZWEITER TEIL

Die «positiven Vertragsverletzungen» und die Erfüllungsverweigerung im besonderen

Neben den im ersten Teil behandelten zwei häufigsten und deshalb wichtigsten Fällen von Vertragsverletzungen, kommen im Rechtsverkehr eine ganze Anzahl von Vertragsverletzungen mit Schadensfolgen vor, welche ohne Zwang weder unter den Begriff der Unmöglichkeit noch unter jenen des Verzuges zu subsumieren sind. In Deutschland, wo für das BGB der Anspruch der Vollständigkeit erhoben wurde, hat der Umstand dass diese Tatbestände keine ausdrückliche Regelung gefunden haben, im ersten Jahrzehnt der Geltung des BGB zu Zweifeln geführt, ob diese Fälle überhaupt eine Schadenersatzpflicht begründen [1]). Als Reaktion darauf entstand, begründet durch Staub, eine eigentliche Lehre von den «positiven Vertragsverletzungen», so genannt, weil es sich nicht, wie bei Unmöglichkeit und Verzug, darum handelt, dass der Schuldner etwas, das er hätte tun sollen, nicht getan hat, sondern dass er es (durch positives Handeln) unrichtig getan hat [2]).

Im zweiten Teil der Arbeit soll nun im ersten Abschnitt zuerst ein knapper Ueberblick gegeben werden über diese Lehre von den «positiven Vertragsverletzungen», wie sie von der deutschen Doktrin und Praxis entwickelt wurde und heute im Grundsätzlichen allgemein anerkannt ist. Anschliessend soll gezeigt werden, dass und wie die wichtigsten Fälle dieser «übrigen» (neben Unmöglichkeit und Verzug) Vertragsverletzungen im schweizerischen Recht ihre ausdrückliche Regelung fanden, um dann im zweiten Abschnitt zu untersuchen, ob auch die — im OR nicht ausdrücklich geregelte — Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit eine dieser «übrigen» Vertragsverletzungen darstellt und wenn ja, welche Rechtsfolgen sie zeitigt.

1) v. Tuhr/Siegwart II 546/47.
2) v. Tuhr/Siegwart 547 N 84.

Die positiven Vertragsverletzungen

§ 8 Begriff und Bedeutung der positiven Vertragsverletzungen.

I. Begriff

In seiner berühmten Arbeit «Die positiven Vertragsverletzungen» (Berlin 1904), die einen gewaltigen Einfluss auf die deutsche Doktrin und Praxis ausgeübt hat, subsumierte Hermann Staub [1]) unter den Begriff «Positive Vertragsverletzung» die nach seiner Ansicht gesetzlich nicht geregelten Fälle der zu vertretenden Verstösse gegen das Gebot richtiger Vertragserfüllung. Was dieser geistvolle Praktiker damit, so schreibt Hedemann im Jahr 1949, in die Lehre der Leistungsstörungen als zündenden Funken hineingetragen hat, ist aus dem Schuldrecht unserer Zeit nicht mehr wegzudenken, so sehr auch die Schriftsteller der anschliessenden Jahrzehnte mit andersartigen Deutungen und Umformungen zur weiteren Bereicherung der Lehre beigetragen haben [2]). Staub spricht von Zuwiderhandlungen gegen Verhaltenspflichten «in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt aber fehlerhaft» [3]). Nach der Rechtssprechung des Reichsgerichtes fallen unter die Sammelkategorie der positiven Vertragsverletzungen «alle solche vom Schuldner zu vertretenden positiven Zuwiderhandlungen gegen die Vertragspflichten, welche den Vertragszweck dergestalt gefährden, dass dem vertragstreuen Teile bei Berücksichtigung der Umstände des Falles die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zugemutet werden kann» [4]).

---

1) Der Vater der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen ist der am 15. September 1904 im Alter von 48 Jahren verstorbene Kommentator Hermann Staub (vgl. den Nachruf auf H. Staub von Liebmann in DZJ 1904). Die zweite von Ernst Müller besorgte Auflage erschien 1913 (Berlin). Wir benützen diese und zitieren «Staub/Müller».

2) Hedemann 383.

3) Staub/Müller 5.

4) RG 161 337; vgl. RG 93 286, Staub/Heinichen III Anh. zu § 374 N 174; Enneccerus/Lehmann II § 55 225; Staudinger/Werner II 325 502; Düringer/Hachenburg IV 327; Larenz I § 23 205 ff.

II. Rechtsfolgen

Einigkeit herrscht heute darüber, dass der Gläubiger dem Schuldner für den aus positiver Vertragsverletzung entstehenden Schaden in Anspruch nehmen kann. Streitig ist die Frage, wie die im Gesetz vorhandene Lücke auszufüllen sei. Doch hat die Kontroverse — ob Verzugs- oder Unmöglichkeitsregeln entsprechend anzuwenden sind — nur geringe Bedeutung, weil man sich darüber einig ist, dass im Falle einer positiven Vertragsverletzung vom Erfordernis der Mahnung und Fristansetzung regelmässig abgesehen werden könne [5]). In der deutschen Rechtssprechung ist die Lehre von Staub (analoge Anwendung des § 326 BGB) zur Herrschaft gelangt [6]) : «Wie dort, wenn der Verpflichtete schuldhaft unterlässt, was er tun soll, ein Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages gegeben ist, so ist man wohl berechtigt, analog ein solches Wahlrecht auch dann zu gewähren, wenn eine Vertragspflicht durch positives Tun verletzt wird. Denn der Rechtsgedanke ist der gleiche, und auch Verkehrsinteressen erheischen die gleiche Regelung ... Wer positive Rechtsverletzungsakte vornimmt, welche die Erreichung des Vertragszweckes gefährden, muss sich gefallen lassen, dass die Rechtsfolgen dieser Pflichtverletzungen ebenso beurteilt werden, wie Pflichtverletzungen desjenigen, der durch sein negatives Verhalten, durch schuldhafte Verzögerung der geschuldeten Leistung, die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet. Denn das ist der gesetzgeberische Gedanke, der dem § 326 zugrunde liegt» [7]). Doch wird u. U., so führt Staub aus, eine positive Vertragsverletzung erst dann erheblich sein, erst dann zur Ausübung der hier gewährten Rechte berechtigen, wenn eine Warnung, eine Aufforderung, Vertragsverletzungen dieser Art künftighin zu unterlassen, vorangegangen ist [8]).

III. Bedeutung

Die von der deutschen Doktrin und Praxis übernommene [9]) Theorie Staubs wurde in der Folge teils erweitert, teils eingeengt.

5) Staub/Heinichen III Anh. zu § 374 N 174; Staudinger/Werner II 326 (B II 2) 530; Düringer/Hachenburg II N 382 324; Enneccerus/Lehmann II § 55 230; Oertmann I 287/88.
6) Vgl. statt vieler RG 54 98 ff., 120 57.
7) Vgl. Staub/Müller 20.
8) Staub/Müller 21.
9) Vgl. Doktrin und Praxis seit 1949 Hedemann 114 ff., Boehmer II 168 ff., Larenz I 205 ff.; Erman/Goerke § 276 357 ff., § 326 483 ff. RGR Komm. z. BGB § 325 620 ff., § 326 628; Soergel I § 326 894 ff.; Enneccerus/Lehmann II § 55 228. Vgl. ferner die Monographien von Himmelschein AZP 135 (NF 15) 225 ff.; Stoll AZP 136 (NF 16) 257 ff.; Fritz AZP 134 (NF 14) 197 ff.

Staub erwähnte z. B. nicht den Fall der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit. Ferner wurde ihm in den Fällen der Zuwiderhandlungen gegen die Unterlassungspflichten teilweise die Gefolgschaft verweigert [10]). Nach dem heutigen Anwendungsgebiet der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen werden folgende Gruppen von Leistungsstörungen unterschieden :

1. Die erste Gruppe umfasst die Fälle der Schlechterfüllung im Sinne der Erbringung eines mangelhaften Leistungsgegenstandes. Das Objekt der schuldnerischen Tätigkeit ist mangelhaft. Beispiel : Obsthändler liefert wurmstichige Aepfel, die andere Bestände beim Käufer anstecken [11]).

2. In die zweite Gruppe sind die Fälle der Schlechterbringung [12]), der Verletzung einer aus dem Schuldverhältnis sich ergebenden weiteren Verhaltenspflicht [13]) oder Schutzpflicht [14]), einzureihen. Hier sind zwei Tatbestände auseinanderzuhalten :

a. Nichtbeachtung der gebotenen Leistungsweise. Der Leistungsgegenstand wird einwandfrei erbracht. Hingegen hat die Art und Weise, wie der Schuldner leistet, für den Gläubiger Schadensfolgen [15]). Beispiel : Der Verkäufer eines Quantums Kohlen wählt zum Transport an den Gläubiger einen Wagen aus, der, wie bekannt, in die Fabrik des Käufers einfahren muss. Torbogen wird beschädigt [16]).

b. Verletzung von Verhaltenspflichten, welche nach Erbringung der Leistung als Nachwirkung der vertraglichen Bindung zu beachten sind. Beispiel : Der Vermieter, der eine Wohnung an einen Arzt vermietet hatte, ist nach Ablauf des Mietvertrages verpflichtet, für eine angemessene Zeit das Umzugsschild zu dulden [17]).

3. Die dritte Gruppe umfasst die Zuwiderhandlungen gegen eine sekundäre vertragliche Unterlassungspflicht. Beispiel : Es verpflichtet sich jemand, die ihm verkauften Lampen nicht nach Frankreich weiter zu verkaufen, tut es aber doch [18]).

4. Zur vierten Gruppe gehören die Fälle der unbegründeten und definitiven Erfüllungsverweigerung [19]).

---

10) Vgl. § 9 II.
11) Freitag SEBR 17, 61, 64.
12) Freitag SEBR 69.
13) Larenz I § 23 206.
14) Stoll AZP 136 (NF 16) 257 ff. und Leistungsstörungen 10, 27.
15) Freitag SEBR 18/19, 68/69.
16) Freitag SEBR 18/19.
17) RG 161 338.
18) Staub/Müller 5.
19) Vgl. § 10.

§ 9 Die im OR geregelten «positiven Vertragsverletzungen».

I. Allgemeines zu den «positiven Vertragsverletzungen» im schweizerischen Recht.

Der Ansicht von Rabel, wonach auch in der Schweiz — im Anschluss an die deutsche Praxis — die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen entwickelt werden musste, können wir nicht beipflichten [1]). Richtig scheint uns die Bemerkung von v. Tuhr/Siegwart, dass das schweizerische Recht «ohne den in seiner übermässigen Ausdehnung unbrauchbaren Begriff der positiven Vertragsverletzung auskommen» kann [2]), weil das OR nie die gleiche Vollständigkeit für sich beanspruchte wie das BGB, sodass OR 107 ff. und insbesondere OR 97 ohne weiteres lediglich als zwei besonders wichtige Fälle des allgemeinen Prinzips, wonach jeder durch Vertragsverletzung entstandene Schaden zu ersetzen ist, verstanden werden konnten. Dazu kommt, dass OR 97 ff. für die hauptsächlichsten der am Schlusse des vorhergehenden Paragraphen aufgezählten Fälle die direkte Anwendung dieser Bestimmungen erlaubt, sehen doch OR 98 II und OR 97 I die Schadenersatzpflicht für Zuwiderhandlungen gegen eine Unterlassungspflicht bzw. für durch fehlerhafte Erfüllung angerichteten Schaden ausdrücklich vor.

Dass das schweizerische Recht ohne die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen auskommt, besagt also nicht, dass diese «übrigen» Vertragsverletzungstatbestände im schweizerischen Recht keine Rolle spielen, sondern nur, dass sie im wesentlichen von unserer Gesetzgebung erfasst wurden, sodass sich eine besondere Lehre von den positiven Vertragsverletzungen nicht so aufdrängte, wie in Deutschland, wenn auch der Ausdruck als solcher vielfach in die schweizerische Doktrin und Praxis Eingang gefunden hat. Die wichtigsten dieser «übrigen» Verletzungstatbestände welche in unserem Recht ihre ausdrückliche Regelung gefunden haben, sollen in den folgenden Ziffern dieses Paragraphen kurz dargestellt werden. Sie entsprechen, wie zu zeigen sein wird, weitgehend den vorne § 8 III aufgezählten ersten drei Gruppen, wie sie sich in der deutschen Doktrin und Praxis herausgeschält haben.

1) Rabel Warenkauf 193.
2) v. Tuhr/Siegwart II 546; Wiemken 52 f.

II. Zuwiderhandlungen gegen selbständige Unterlassungspflichten [3])

1. Staub [4]) verwendet den Begriff der positiven Vertragsverletzung auch für die Fälle der Verletzung von Unterlassungspflichten. Hier sind ihm aber Doktrin und Praxis nur teilweise gefolgt, indem in den Fällen der Verletzung von selbständigen Unterlassungspflichten die Unmöglichkeitsregeln oft direkt angewendet werden [5]). Als positive Vertragsverletzungen werden nur Zuwiderhandlungen gegen sekundäre Unterlassungspflichten behandelt [6]).

2. Eine selbständige Unterlassungspflicht liegt vor, wenn sich «die Unterlassungspflicht als direkter selbständiger Leistungsinhalt der Obligation» auffassen lässt [7]). Der Inhalt der Obligation erschöpft sich in der «Unterlassung einer ganz bestimmten Handlung» [8]), «Unterlassung bedeutet Erfüllung einer bestimmten Rechtspflicht» [9]). Gegenstand der Schuld ist «das Nichtvornehmen einer bestimmten, erwarteten Handlung, deren Vornahme dem S freistünde, dem Interesse des G aber zuwiderliefe. Die Erfüllung von Unterlassungspflichten geht meist durch Willensgeschäft vor sich und erfolgt dann erfüllungsbewusst» [10]).

3. Selbständige Unterlassungspflichten können einmalig oder dauernd geschuldet werden:

a. Einmalig (zu einem bestimmten Zeitpunkt) geschuldet ist z. B. das Versprechen bei einer Versteigerung nicht mitzubieten, sich in einer Versammlung der Abstimmung zu enthalten. In solchen Fällen hat die Unterlassung den «Charakter einer Fixleistung» [11]), d. h. die anbefohlene Unterlassung soll und kann nur in einem bestimmten einzelnen Augenblick beobachtet werden [12]).

Verletzt der Schuldner eine in zeitlicher Hinsicht so scharf präzisierte Unterlassungspflicht, dann widerspricht die Zuwiderhandlung den Interessen des Gegners so sehr, dass der wesentliche Zweck des Schuldverhältnisses verfehlt ist [13]), der Erfolg kann nicht mehr eintreten, die Zuwiderhandlung hat Unmöglichkeit zur Folge. Ist das Verhältnis gegenseitig, hat der Gläubiger, ohne die

3) Vgl. ausführlich Lehmann Unterlassungspflicht 232 ff. Die Verletzung von unselbständigen oder sekundären Unterlassungspflichten wird im schweizerischen Recht unter dem Gesichtspunkt der «nicht gehörigen Erfüllung» betrachtet; vgl. Ziff. III dieses Paragraphen.
4) Staub/Müller 5 ff.
5) RG 54 100, 286; Soergel I 584 ff.; Erman/Goerke 375; Palandt 275 ff.
6) Enneccerus/Lehmann II § 55 227; Stoll AZP 136 (NF 16) 262.
7) Lehmann AZP 96 (NF 46) 68.
8) Lehmann Unterlassungspflicht 237.
9) Endemann 748.
10) Manigk 417/18.
11) Lehmann a. a. O. 187.
12) Lehmann a. a. O. 188.
13) Kohler II 88.

in Unmöglichkeitsfällen sinnlose unverzügliche Verzichterklärung, die Wahl zwischen der zweiten und dritten Variante [14]).

b. Dauernd (während einer bestimmten Zeit) geschuldet ist etwa das Versprechen ein Recht nicht zu veräussern [15]), die Benutzung von Grundstücken für eine bestimmte Zeit zu unterlassen [16]), das Konkurrenzverbot nach Beendigung des Dienstvertrages (OR 356-60), die Verpflichtung über eine mitgeteilte, geheime Fabrikationsmethode Stillschweigen zu bewahren [17]), oder die Verpflichtung eines Lieferanten innerhalb eines bestimmten Gebietes die Ware nicht einem anderen zu verkaufen.

Wird einer selbständigen Unterlassungspflicht von einer bestimmten Zeitdauer zuwidergehandelt, dann bewirkt die Vornahme des zu unterlassenden Tuns entweder vollständige oder teilweise Unmöglichkeit [18]) der Leistung: «Ist die Erfüllung nur teilweise (z. B. nur für einen Teil der Zeit, auf welche die Unterlassung sich bezog) vereitelt, so kann der Gläubiger jene Rechte bezüglich dieses Teils ausüben oder, wenn er an dem, was noch erfüllbar ist, kein Interesse hat, entweder die Leistung ablehnen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Leistung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten» [19]).

Die Frage, ob die Verzugsregeln auf die Verletzung von Unterlassungspflichten angewendet werden können, ist grundsätzlich zu verneinen: «Der Schuldnerverzug setzt die objektive Möglichkeit der Leistung begrifflich voraus. Von Verzug kann nur gesprochen werden, wo die Leistung trotz der nicht rechtzeitigen Bewirkung noch möglich (nachholbar) bleibt. Wenn ein bestimmter Zeitpunkt wesentlich ist, hat dessen Versäumung die objektive Unmöglichkeit der Leistung zur Folge. Daraus ergibt sich, dass bei Unterlassungspflichten, die an eine bestimmte Leistungszeit gebunden sind, mangels Nachholbarkeit ein Verzug grundsätzlich ausgeschlossen ist; die Zuwiderhandlung begründet völlige oder teilweise Unmöglichkeit» [20]).

4. Ausnahmsweise gibt es aber auch nachholbare Unterbleibensleistungen. Lehmann erwähnt folgendes Beispiel: Ein Gelehrter vereinbart mit einem Schlosser, dass dieser täglich während zweier Stunden nachmittags geräuschvolle Arbeiten nicht vornehmen

14) Gerade bei der Verpflichtung zu einem Unterlassen gegen Entgelt zeigt sich, wie sehr sich die Zulassung des Rücktritts auch für den Unmöglichkeitsgläubiger aufdrängt, da ihm bei der Schwierigkeit, die verletzte Unterlassungspflicht in Geldwert zu kleiden, mit der zweiten Variante regelmässig kaum gedient wäre, weil er dann seine eigene (Geld-)Leistung zu Verrechnung stellen müsste.
15) v. Tuhr/Siegwart I 44; vgl. Oertmann I 19.
16) v. Tuhr/Siegwart a. a. O.
17) Heck § 40 118.
18) Zum Unterschied zwischen zeitweiser und teilweiser Unmöglichkeit vgl. § 4 II 2b.
19) Enneccerus/Lehmann II § 55 224 N 8.
20) Enneccerus/Lehmann II § 51 206/07.

darf. Man einigt sich auf die Stunden von 5 - 7 : «Hier ist es denkbar, dass es dem Berechtigten mehr auf z w e i ruhige Nachmittagsstunden ankommt, wie gerade darauf, dass diese Stunden mit dem Glockenschlag 5 Uhr beginnen. Man wird es deshalb für zulässig halten dürfen, dem Schlosser hier die Möglichkeit einer Nachholung einzuräumen. Häufig werden diese Fälle freilich nicht sein, und wo von einer Nachholbarkeit gesprochen werden kann, da wird es sich wohl ausnahmlos um nur ganz kurze Nachholfristen handeln, die die direkte Einreihung der fraglichen Unterlassung unter den Kreis der Fixleistungen zwar verbieten, sie aber doch in keinen scharfen Gegensatz zu den letzteren zu bringen gestatten» [21]). Verzug des Schuldners scheidet auch nicht aus «in den seltenen, aber denkbaren Fällen, wo die negative Leistung nicht auf eine bestimmte Zeit festgelegt ist, z. B. jemand verpflichtet sich gegenüber einem Konkurrenten, von jetzt ab in zehn Zeitungsnummern keinerlei Reklame zu machen, an zwanzig Markttagen den Markt mit Ware nicht zu besuchen» [22]).

5. Aus unseren Darlegungen ergibt sich, dass Zuwiderhandlungen gegen selbständige Unterlassungspflichten entweder Unmöglichkeit oder Teilunmöglichkeit oder, in ganz seltenen Fällen, Verzug begründen können. Zur Anwendung kommen die im ersten Teil dieser Arbeit dargelegten Regeln der beiden Hauptgruppen der Vertragsverletzungstatbestände.

III. Die nicht gehörige Erfüllung.

Im Gegensatz zum BGB, welches in seinem allgemeinen Teil als Vertragsverletzungen nur die Fälle der Unmöglichkeit und des Verzuges kennt, regelt das OR, neben Unmöglichkeit und Verzug, in Art. 97 die nicht gehörige Erfüllung. Diese in OR 97 geregelten Vertragsverletzungen umfassen die vorne erwähnten Fälle der Schlechterbringung (Art der Leistungsbewirkung ist mangelhaft) [23]), der Zuwiderhandlungen gegen akzessorische Unterlassungspflichten [24]) und die Schlechterfüllung (Leistung eines mangelhaften Vertragsgegenstandes) [25]).

Nach v. Tuhr/Siegwart [26]) kann und muss OR 97 verstanden werden, wie wenn es hiesse : «Kann die Verbindlichkeit überhaupt nicht bewirkt werden oder ist sie nicht gehörig bewirkt worden,

21) Lehmann Unterlassungspflicht 189/90.
22) Oertmann I 20.
23) Vgl. § 8 III.
24) Vgl. § 8 III.
25) Vgl. § 8 III.
26) v. Tuhr/Siegwart II 548; T. Caga, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche (Diss. Zürich 1939) 141.

so hat der Schuldner . . . Ersatz zu leisten». Trotz der auf Unmöglichkeit abgestellten Fassung des Art. 97 sei nie bezweifelt worden, dass der Schuldner den Schaden zu ersetzen hat, den er durch fehlerhafte Erfüllung anrichtet [27]).

27) Vgl. Gujer 110 ff.; Larenz § 23 208.

Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit im besonderen

§ 10 Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als Vertragsverletzungstatbestand.

Staub hat in seiner berühmten Monographie (1904) den Tatbestand der Erfüllungsverweigerung nicht erwähnt. Erst im Verlaufe der Ausdehnung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung wurde diese Leistungsstörung als positive Vertragsverletzung behandelt.

I. Der Tatbestand der endgültigen Erfüllungsverweigerung.

Dass nur eine ernsthafte Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung betrachtet werden kann, ist allgemein anerkannt. Die Frage aber, ob im konkreten Fall eine Weigerungserklärung ernst gemeint ist, kann, wie die Praxis der Gerichte zeigt, nicht leicht beantwortet werden. Das Reichsgericht betont, dass für die Feststellung der Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung «ein strenger Masstab» anzulegen sei[1]). Es kommt, so wird in einem RG-Entscheid für die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit ausgeführt, nicht darauf an, ob der vertragstreue Teil annehmen konnte, dass eine Nachfristansetzung nicht zum Ziele führe, sondern «ob gewichtige tatsächliche Momente vorliegen, die es als ausgeschlossen erscheinen lassen, dass der säumige Schuldner bei Nachfrist erfüllen werde, so dass diese nur als eine leere Form zu betrachten wäre»[2]). Es muss ausser Zweifel stehen, dass der sich Weigernde sich nicht anders entschliesst. Es genügt nicht, wenn zur Zeit der Beurteilung der Richter diesen Eindruck gewinnt, sondern dem Gegner muss sich die Ueberzeugung zur Zeit der Weigerung aufgedrängt haben[3]); denn es kommt ja darauf an, welche Folgerungen der Gläubiger seinerzeit aus dem Benehmen des Schuldners hatte ziehen dürfen[4]). Unzweideutig muss das Beharren auf der Erfüllungsverweigerung zur Zeit der Fälligkeit im

1) RG 66 421, 90 318, 102 266; JW 1912 140.
2) RG 102 266, 66 421.
3) Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 84, 175.
4) JW 1918 N 4 4 551.

voraus feststehen. Auch die Doktrin betont mit Nachdruck dieses Erfordernis [5]).

Andererseits ist die Erfüllungsverweigerung, auch die beharrliche, dann nicht vertragswidrig, wenn der sich Weigernde dazu berechtigt war. So darf kraft gesetzlicher Vorschrift der Nachleistungspflichtige aus einem gegenseitigen Vertrag die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern (BGB § 320, OR 82) [6]). Das gleiche gilt, wenn nach Abschluss des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird (BGB § 321, OR 83) [7]).

Die Erfüllungsverweigerung muss einen wesentlichen Teil des Vertrages betreffen. Verweigerung der Erfüllung einer Nebenpflicht genügt nicht (ausser sie sei ein Teil der Hauptverpflichtung [8]). Es gilt hierüber das vorne § 4 IIb über die Teilunmöglichkeit gesagte entsprechend.

Im folgenden sollen einige typische Tatbestände der endgültigen und der nicht endgültigen Erfüllungsverweigerung zur Klarlegung der Abgrenzungskriterien aufgezählt werden.

1. Fälle der nicht endgültigen Erfüllungsverweigerung.

a. Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Vertrages und über die Vertragspflichten. — Nicht geeignet, das Vertrauen des Vertragsgegners zu erschüttern, sind des letzteren andere Ansichten über die «Benennung der mit der Prüfung und der Abnahme der Ware zu betrauenden Personen» [9]). Keine endgültige Erfüllungsverweigerung liegt vor, wenn aus der Erklärung des Schuldners hervorgeht, dass er offensichtlich wesentliche Tatsachen nicht kennt oder über sie falsch unterrichtet ist [10]).

b. Die vorzeitige Erklärung des augenblicklichen Zahlungsunvermögens verbunden mit der Bitte um Stundung [11]).

c. Die Erklärung des die Erfüllung verweigernden Schuldners, dass er zu Erörterungen über die Realisierung des Vertrages und damit unter gewissen Umständen zur Erfüllung selbst bereit sei:

aa. Der Schuldner fügt einer an sich klaren Anzeige hinzu, dass er, sobald Bedarf vorhanden, eine neue Offerte einholen werde [12]). Es besteht also eine Aussicht auf Abnahme der Ware [13]).

5) Staub/Heinichen a. a. O. N 84, 86, 185; Düringer-Hachenburg IV N 296, 339.
6) Vgl. § 7 I 1.
7) Vgl. § 7 I 3.
8) Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 185 b.
9) JW 1914 Nr. 4 242/43 (obwohl infolge der Meinungsverschiedenheiten der Ausführung des Vertrages Hindernisse in den Weg gelegt wurden); vgl. JW 1911 Nr. 7 711, 1919 Nr. 1 375/76; RG 66 422, 90 318.
10) Staub/Heinichen a. a. O. N 185 a. E.
11) RG 66 431.
12) RG 102 275/76.
13) Vgl. Recht 1922 Beilage Nr. 1536.

bb. Der Schuldner schlägt mit der Abgabe der Erfüllungsverweigerung Vergleichsverhandlungen vor [14]). Dieses Verhalten wird als in beschränktem Masse entgegenkommend verstanden.

d. Der Schuldner schränkt seine Weigerungserklärung ein [15]), z. B. bedingte Ablehnung [16]).

e. Der Schuldner versucht die Erfüllung abzulehnen, um vom Vertrag loszukommen [17]).

f. Bestreiten des Klaganspruchs im Prozess [18]), oder theoretische Rechtsausführungen über den Nichtbestand einer Vertragspflicht während des Prozesses [19]).

g. Der Schuldner berichtigt nach endgültiger Erfüllungsverweigerung, aber bevor der Gläubiger seine Rechte aus § 326 geltend machte, seinen Standpunkt und erklärt sich zur Erfüllung bereit [20]).

Alle diese Erklärungen befreien den Gläubiger nicht von der Anwendung der gesetzlich vorgeschriebenen Klarstellungspflichten (Mahnung und Fristansetzung): «Denn die von der Rechtssprechung für den Fall bestimmter Erfüllungsverweigerung anerkannte Ausnahme zu § 326 BGB darf nicht auf eine Schuldnererklärung ausgedehnt werden, wonach die Bereitwilligkeit zu späterer Erfüllung nicht ausgeschlossen ist. Die hiedurch geschaffene Ungewissheit kann nur auf dem in § 326 BGB vorgeschriebenen Weg beseitigt werden» [21]).

2. Fälle der endgültigen Erfüllungsverweigerung.

Die Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung ergibt sich meistens schon aus der Erklärung, die bestimmt, ernstlich und endgültig abgegeben wird [22]):

a. Der Schuldner erklärt dem Gläubiger, dass nach seiner Auffassung ein bindender Vertrag überhaupt nicht zustande gekommen ist [23]). Oder er sagt sich vom Angebot los mit der Mitteilung, dass er die Speziessache einem Dritten abgetreten habe [24]). Als endgültige Erfüllungsverweigerung wird die unberechtigte und vertragswidrige Annullierungserklärung aufgefasst [25]); die unberechtigte Rücktrittserklärung [26]); die Erklärung, das Geschäft werde

14) RG 90 318; vgl. LZ 1909 Sp. Nr. 10 544.
15) RG 108 69/70.
16) Recht 1916 Beilage Nr. 1475.
17) SeuffA 74 Nr. 204 359.
18) LZ 1925 Sp. Nr. 7 970.
19) Recht 1917 Beilage Nr. 1782.
20) JW 1914 Nr. 4 242/43; RG 57 113/114, 93 287.
21) RG 66 431.
22) Vgl. Brecht JhJ 53 259.
23) RG 51 50; Gruchot 54 914.
24) RG 104 277/78.
25) RG 57 106 (113), 96 294; vgl. BlZüR 13 Nr. 88 194.
26) RG 50 255, 67 317, 52 151/52, 106 90, 67 318; Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 115 a, 186.

nicht als perfekt betrachtet [27]); das Stellen willkürlicher (unzulässiger) Bedingungen, welche die Erfüllung des Vertrages wesentlich erschweren oder unmöglich machen [28]); das Verlangen des Schuldners auf Lieferung gegen Barzahlung entgegen der Abmachung «Lieferung gegen Dreimonatsakzept» [29]); Lieferung nur gegen Vorleistung [30]); hartnäckiges Bestehen auf unberechtigter Preisforderung [31]); Erklärung, erst einige Monate nach Fälligkeit oder überhaupt nicht mehr zu liefern [32]); Schuldner knüpft Bewirkung der Leistung an unberechtigte Forderung, z. B. grundloses Verlangen auf Nachbesserung beim Werkvertrag [33]); unbegründete Aufforderung an den Mieter den Mietbesitz wieder aufzugeben [34]); Schuldner erklärt, er liefere nicht und schliesse damit den Briefwechsel, oder dies sei sein letztes Wort in der Sache, oder die Angelegenheit sei für ihn erledigt [35]).

b. Vorne [36]) war von den nicht eine endgültige Erfüllungsverweigerung begründenden Meinungsverschiedenheiten die Rede. Diese werden aber dann als positive Vertragsverletzungen behandelt, wenn deren Begründung einer Bemäntelung des Vertragsbruches gleichkommt oder wenn die Meinungsverschiedenheiten nach erfolgter Aufklärung wieder zur Diskussion stehen [37]). Auch eine nicht qualifizierte Erfüllungsverweigerung kann als positive Vertragsverletzung behandelt werden, z. B. wenn der Schuldner seinen Standpunkt fortwährend wechselt, oder immer neue Einwendungen erhebt und so dem Gläubiger dauernd Schwierigkeiten bereitet [38]). Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger ein dringendstes Interesse an der Schaffung einer klaren Rechtslage hat [39]) oder eine besondere Zwangslage nachweisen kann [40]).

In allen diesen Fällen liegt nach der deutschen Doktrin und Praxis eine Verletzung der Verpflichtung vor, «den Vertragszweck nicht zu gefährden» [41]). Fasst der nicht säumige Teil die Erfüllungsverweigerung des Gegners als eine entschiedene und endgültige auf — die gegenteilige Ansicht des Schuldners ist nicht mass-

27) RG 53 165.
28) RG 56 224, 66 421, 68 23; vgl. JZ 5 280.
29) Recht 1915 Beilage Nr. 1752.
30) JW 1903 Beilage Nr. 305 139; Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 168.
31) Recht 1925 Nr. 12 20/21; Staub/Heinichen a. a. O. N 190.
32) RG 96 343.
33) RG 171 301.
34) Model 95 N 3.
35) Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 185 a; Düringer/Hachenburg IV N 339; vgl. RG 108 69, 109 137.
36) Vgl. I 1a dieses Paragraphen.
37) Staub/Heinichen a. a. O. N 185.
38) Vgl. Schulze 59 N 303.
39) RG 93 287, 96 324; Staub/Heinichen a. a. O. N 86 a, 201.
40) Brecht JhJ 54 105.
41) RG 67 317, 140 358.

gebend – – dann wird ihm das Recht eingeräumt, ohne Mahnung und Fristansetzung vor Fälligkeit der Leisung nach BGB § 326 vorzugehen [42]).

c. In einem Fall nahm das Reichsgericht positive Vertragsverletzung wegen Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit an, wo es ein Kaufmann, der sich im Kriege verpflichtete, einem Feldflaschenfabrikanten Filzüberzüge belegscheinfrei zu liefern, unterliess, sich rechtzeitig das erforderliche Filztuch zu beschaffen, obwohl seine eigenen Vorräte nicht ausreichten [43]). Nach unserer Ansicht versteckt sich hinter der Erfüllungsverweigerung dieses Filztuchhandels ein Unmöglichkeitstatbestand. Ist dies der Fall, dann liegt trotz Erfüllungsverweigerung in Wirklichkeit subjektive Unmöglichkeit vor. Die Verzichterklärung wird überflüssig [44]). In casu k a n n der Schuldner nicht leisten, während er bei der Erfüllungsverweigerung aus Gründen, die den Gläubiger nicht interessieren. nicht leisten w i l l [45]).

II. Die Vertragstreue des Gläubigers.

Nach ständiger Rechtssprechung des Reichsgerichtes gilt für sämtliche Fälle der positiven Vertragsverletzung der auch für die Verzugsfälle allgemeine aus BGB § 242 abzuleitende Rechtsgrundsatz, dass der Gläubiger nur dann die Rechte aus § 326 BGB geltend machen kann, wenn er bis zur Erklärung der Erfüllungsablehnung selbst vertragstreu, d. h. erfüllungsfähig und erfüllungsbereit gewesen ist [46]) : «Wer selbst durch Vertragswidrigkeiten den Vertrag verletzt und den Vertragszweck gefährdet hatte, der kann aus nachfolgender Vertragsverletzung und Gefährdung des Vertragszweckes durch den Vertragsgegner das Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung im Sinne von BGB § 326 Abs. 1 Satz 2 oder auf Rücktritt vom Vertrag insolange nicht ableiten, als er nicht seine eigenen Vertragsverletzungen gut gemacht und sich dem anderen Vertragsteile gegenüber auf den Standpunkt vertragstreuer Erfüllung gestellt hat» [47]). Nur dann, wird im gleichen Entscheid angeführt [48]), kann der eine Vertragsteil auch ohne Be-

42) Vgl. BGH 2 312; Soergel § 326 885. Zu beachten ist, dass nach BGB Verschulden Verzugsvoraussetzung ist. Das gilt auch für denjenigen der die Erfüllung verweigert (vgl. RG 104 111, 110 17, 113 423, 119 268; RG 50 132, 62 206, 146 145; Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 13 a; JW 1939 I Nr. 24 356; JW 1935 I Nr. 9 278, 1937 I Nr. 9 158; NJW 1951 398).

43) RG 93 285.

44) Vgl. § 2 II.

45) Vgl. § 12 II.

46) Schulze 60 N 310 - 12.

47) RG 67 319, 109 55, 120 193, 149 401, 152 122/23, 170 301.

48) Vgl. die Entscheide N 47.

seitigung seiner eigenen Vertragswidrigkeit die Wirkungen der ernstlichen Erfüllungsverweigerung für sich beanspruchen, wenn der andere Teil kundgegeben hat, auf seiner Erfüllungsverweigerung selbst für den Fall zu beharren, dass der Gegner die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeit gutgemacht habe: «Es wäre zwecklos, dem einen Teil die Erfüllung seiner Leistung auch dann noch zur Pflicht zu machen, wenn schon feststeht, dass sich der andere Teil auch nach einer solchen Erfüllung unberechtigt weigern werde, den Vertrag zu erfüllen, und der andere Teil deshalb sofort Rückgewähr seiner Leistung verlangen könnte» [49]).

In seinen früheren Entscheiden hat das Reichsgericht jede Abwägung der Schwere der beiderseitigen Vertragsverletzungen unter dem Gesichtspunkt der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses abgelehnt. Nach der neuesten Praxis des deutschen Bundesgerichtshofes lässt sich nun dieser erwähnte Grundsatz nicht mehr schlechthin anwenden [50]). Hat «der eine Vertragsteil nur eine Nebenpflicht nicht erfüllt, die für das synallagmatische Verhältnis von keiner oder nur von untergeordneter Bedeutung ist, so hindert es dieser Umstand noch nicht, dass er den anderen hinsichtlich seiner Hauptleistungspflicht in Verzug setzt und danach die Rechte aus § 326 geltend macht» [51]).

Unerheblich ist, ob sich der Gegner als Grund für die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit auf die Vertragsuntreue des Fordernden berufen hat; es genügt, wenn er dies im Rechtsstreit tut [52]).

§ 11 Die Erfüllungsverweigerung in der schweizerischen Doktrin und Praxis.

I. Die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit der Leistung.

1. Die Erfüllungsverweigerung nach Verzugseintritt.

Diesen Tatbestand haben wir vorne im Zusammenhang mit der Entbehrlichkeit der Fristansetzung erwähnt [1]). Der Gläubiger, der das Schuldverhältnis umgestalten will, ist lediglich verpflichtet, nach Abgabe der Erfüllungsverweigerung, seinen Verzicht auf Realerfüllung zu erklären [2]). Die Fristansetzung ist nicht erforderlich. Setzt er aber dem Schuldner trotz definitiver Erfüllungsver-

49) RG 149 404.
50) NJW 1949 261/62 (dazu zustimmende Anmerkung von Coing).
51) Larenz I § 22 203.
52) RG 59 25, 152 23/24; JW 1936 III Nr. 3 3529.
1) § 7 II 7.
2) Becker Art. 108 N 1; BGE 54 II 31; BlZüR 27 Nr. 45 86.

weigerung eine Frist, dann ist diese für ihn bindend [3]). Nach unserer Gerichtspraxis muss beim Tatbestand des Art. 108 Ziff. 1 der Verzicht nicht «unverzüglich» im Sinne des Art. 107 OR erklärt werden [4]). Es ist hier «deshalb kein strenger Masstab anzulegen, weil nicht von einem zeitlich fixierten Vorgang, wie ihn der Fristablauf darstellt», auszugehen ist, sondern «der Zeitpunkt für die fristlose Wahlausübung auf Grund des Verhaltens des Schuldners ermittelt werden muss» [5]).

Die Warnung, wonach die Anwendung des Art. 108 OR «immer etwas Gefährliches» [6]) sei und es eines «examen serieux de l'attitude du débiteur» [7]) bedürfe, um festzustellen, ob eine Erfüllungsverweigerung vorliege oder nicht, ist, wie die Fälle aus der deutschen Praxis gezeigt haben, durchaus begründet [8]).

2. Die Erfüllungsverweigerung vor Verzugseintritt.

In der Regel muss der Gläubiger, der nach Fälligkeit die Rechte aus OR 107 geltend machen will den Schuldner zunächst mahnen [9]). Im Falle der Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit ist aber die Mahnung ebenso zwecklos wie die als Antwort auf die definitive Erfüllungsverweigerung nach Verzug zu setzende Frist, und OR 108 Ziff. 1 kann analog auf die Mahnung angewendet werden [10]). Im übrigen gelten die gleichen Regeln wie bei der Erfüllungsverweigerung nach Verzug.

II. Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung.

1. Die Stellungnahme der Doktrin.

Die Frage, ob einer vor Fälligkeit der Leistung erklärten Erfüllungsverweigerung Bedeutung zukommt und ob sie schon rechtliche Wirkungen auslösen kann, bevor Fälligkeit und Verzug eingetreten sind, wird von der schweizerischen Doktrin verschieden beantwortet. Einigkeit herrscht darüber, dass der sich Weigernde die Abwicklung des Vertrages hemmt und den Anspruch des Gläubigers auf Lieferung gefährdet.

Biedermann: «Wenn auch die vor Fälligkeit abgegebene Erfüllungsverweigerung den vertragstreuen Teil nicht zum Rücktritt berechtigt, so ist es unrichtig, angesichts der feststehenden Praxis,

3) Siehe dazu die Ausführungen § 7 II.
4) Vgl. § 7 N 80 ff.
5) BGE 54 II 34.
6) BGE 45 II 51.
7) Comment 87.
8) Vgl. § 10 I und das Zitat Göschke § 7 N 73.
9) Vgl. § 5.
10) v. Tuhr/Siegwart II 583; Oser/Schönenberger Art. 102 N 15, siehe dazu auch § 5 III.

dass Mahnung und Fristansetzung überflüssig werden, diese Erfüllungsverweigerung rechtlich bedeutungslos zu nehmen. Sie vermag zwar die Fälligkeit und damit den Verzug nicht vorzeitig herbeizuführen, aber die Befreiung von der Mahnungs- und Fristansetzungspflicht ist doch auch eine rechtliche Wirkung. Wie schon betont, nicht schon die Erklärung schlechthin schadet ihm, aber sie kann dem Gläubiger Schaden bringen, und für diesen Schaden wird der Schuldner haften müssen. Es bedeutet gewiss einen Verstoss gegen die bona fides, wenn jemand, nachdem er einen Vertrag geschlossen hat, erklärt, er werde ihn nicht halten und am Erfüllungstag dennoch leistet. Aber daraus lässt sich kaum die Schadenersatzpflicht herleiten. Es gibt keinen allgemeinen Rechtssatz, dass, wer gegen die bona fides handelt, schadenersatzpflichtig wird, und dennoch entspricht es der Billigkeit, wenn der sich Weigernde den Schaden trägt, denn er hat ihn verschuldet. Der Käufer hat im Vertrauen auf die Weigerung des Verkäufers sich anderswo für einen höheren Preis gedeckt und wollte bei Verzugseintritt von seinen Rechten Gebrauch machen. Zu seinem Erstaunen liefert der Verkäufer am Fälligkeitstermin» [11]). Für solche Fälle verweist Biedermann auf die Lehre von Staub, der Gläubiger muss somit nicht abnehmen [12]).

Von Voser wird folgende Ansicht vertreten : «Erfolgt die Weigerung der Erfüllung vor Fälligkeit der Leistung, so hat sie nur eine Wirkung, wenn der Schuldner bis zur Fälligkeit nicht widerruft. Das Rücktrittsrecht ist nicht wegen einer solchen Weigerung gegeben, sondern wegen des Leistungsverzuges» [13]). Doch könne es «Fälle geben, wo der Gläubiger durch die Weigerung des Schuldners vor Eintritt der Fälligkeit berechtigt ist, sich schon vor Eintritt der Fälligkeit zu decken im Vertrauen auf die Aufrechterhaltung der Weigerung durch den Schuldner. Zeigt sich also eine starke Aufwärtsbewegung auf dem Markte und deckt sich in einem solchen Fall der Gläubiger vor Fälligkeit, so darf der Schuldner die Weigerung nicht zurücknehmen und bei Fälligkeit die Leistung anbieten; dies würde offensichtlich gegen Treu und Glauben verstossen» [14]).

Göschke qualifiziert die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als ein vertragswidriges Verhalten des Schuldners, durch welches der Gläubiger gezwungen wurde, Schritte zu unternehmen, die ihm Unkosten oder Schaden verursachen oder ihn in eine Zwangslage versetzen : «Dem Gläubiger wird das Recht auf Schadenersatz oder auch unter Umständen auf Rücktritt zuerkannt werden müssen» [15]).

11) Biedermann 37.
12) Biedermann 38.
13) Voser 90, Gl. A. Honegger 38/39.
14) Voser 90.
15) Göschke ZBJV 60 72/73.

Nach Vetsch gibt die Erfüllungsverweigerung beim einheitlich zu erfüllenden Kaufvertrag wie auch beim Sukzessivlieferungsvertrag in analoger Anwendung von Art. 108 Ziff. 1 OR vor Eintritt der Fälligkeit ein Rücktrittsrecht vom ganzen Vertrag und zwar ohne vorausgehende Fristansetzung [16]).

Comment äussert sich zur Frage der Erfüllungsverweigerung wie folgt: «L'exigibilité de la créance est toujours une condition d'existence de la demeure. La déclaration du débiteur avant l'exigibilité qu'il ne s'exécutera pas, n'autorise dès lors pas le créancier à fixer un dernier délai d'exécution au sens de l'art. 107 C. O. Elle n'a aucune influence sur l'exigibilité et par consequent sur la demeure . . . Le débiteur qui a fait une déclaration de ce genre peut encore toujours s'exécuter valablement une fois l'exigibilité intervenue. Nous admettons cependant que si dans le procès ouvert conformément à l'art. 107 (action en dommages-intérêts pour d'inexécution, par exemple), avant l'exigibilité, le Tribunal ne saurait, lorsque l'exigibilité est intervenue en cours d'instance, débouter le créancier par le motif qu'il a introduit avant que la créance fût exigible» [17]).

Nach Lemp gefährdet die ernsthafte Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit den Vertragszweck: «Dem Gläubiger kann nicht zugemutet werden, es darauf ankommen zu lassen, ob der Schuldner sich bis zur Fälligkeit seiner Leistung noch anders besinne. Jedenfalls tritt aber die Nichterfüllung nur ein, wenn der Gläubiger auf Erfüllung verzichtet hat» [18]).

Nach Hürlimann ist die vor Fälligkeit abgegebene Erklärung, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen, belanglos, da sie bis zur Fälligkeit widerrufen werden kann [19]).

Mit der kategorischen Erfüllungsverweigerung, so führt Gujer aus, schwebt «das Damoklesschwert der Vereitelung bereits über dem Vertrag, d. h. über den Vermögensinteressen des Gläubigers: lässt er sich vom gesunden Menschenverstand und nicht von begriffsjuristischen Erwägungen leiten, so wird er seine Vermögenswerte — mit Recht! — so gut als möglich zu schützen suchen. Das gelingt ihm meistens besser, je rascher er handelt; seine Reaktion liegt zudem oft nicht allein in seinem Interesse, sondern ebensosehr im Interesse des Schuldners [20]). Es kann nach Gujer vom Gläubiger nicht verlangt werden, abzuwarten, bis aus der schweren Gefährdung eine flagrante Verletzung geworden ist. In allen Fällen ernsthafter Erfüllungsverweigerung müsse dem Gläubiger das Recht eingeräumt werden «unter analoger Anwendung

16) Vetsch 38.
17) Comment 54.
18) Lemp 10.
19) Hürlimann 34.
20) Gujer 115.

von OR 107 ff. schon vor dem Eintritt der Fälligkeit vorgehen zu können» [21]).

Die Ansichten unserer Kommentatoren stimmen im wesentlichen überein.

Nach Oser/Schönenberger muss der Schuldner trotz Leistungsverweigerung vor Fälligkeit im Sinne von OR 102 I gemahnt werden [22]). Möglicherweise könne der Schuldner, der damals noch nicht zur Aussprache verpflichtet war, seine Ansicht ändern : Jedenfalls gilt die Weigerung nicht, wenn sie vor Eintritt des Verzugs wieder zurückgenommen wurde. «Doch kann sich in einem solchen Fall der Schuldner schadenersatzpflichtig machen» [23]). Habe sich nämlich der Gläubiger danach eingerichtet, dann resultiere daraus jedenfalls ein Schadenersatzanspruch, oft ein Rücktrittsrecht [24]). Auch nach Becker [25]) kann ein Schuldner, der schon vor Fälligkeit erklärt hat, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen, seine Erklärung bis zum Eintritt der Fälligkeit widerrufen. Doch könne ausnahmsweise darin eine zu Schadenersatz verpflichtende positive Vertragsverletzung trotz Widerruf vor Fälligkeit gefunden werden, dann nämlich, wenn eine Interessengefährdung vorliegt, oder wie Becker a. a. O. sich ausdrückt, wenn der Gläubiger es nicht wagen durfte, mit der Beschaffung von Ersatz zuzuwarten. Nach v. Tuhr/Siegwart [26]) liegt in der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit keine Pflichtverletzung durch den Schuldner sondern lediglich eine Gefährdung des Vertrages. Der Gläubiger muss abwarten, ob der Schuldner nicht trotz der Weigerung bei Eintritt der Fälligkeit vertragsgemäss liefere. Ist das nicht der Fall, so kann er allerdings ohne Mahnung und Nachfristansetzung zurücktreten, da die Erfüllungsverweigerung beide als unnütz erscheinen lässt.

Einig sind sich somit alle Autoren, dass die ernstliche Erfüllungsverweigerung sowohl Mahnung [27]) als auch Nachfristansetzung überflüssig macht. Darüber hinaus sind aber folgende drei grundsätzlich verschiedenen Auffassungen zu unterscheiden :

a) v. Tuhr Siegwart und Comment messen der Erfüllungsverweigerung keine weitere Bedeutung zu, da die Verpflichtung des Schuldners lediglich darin bestehe, bei Fälligkeit zu leisten. Der Gläubiger kann trotz Erfüllungsverweigerung seine Rechte erst mit Eintritt der Fälligkeit und Nichtleistung ausüben, dann aber

21) Gujer 115.
22) Oser/Schönenberger Art. 102 N 15.
23) Oser/Schönenberger Art. 108 N 3.
24) Oser/Schönenberger Vorbem. zu Art. 97 - 107 N 17.
25) Becker Art. 108 N 6.
26) v. Tuhr/Siegwart II 547 N 83, 583 N 53.
27) Einzig nach Oser/Schönenberger ist trotz Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Schuldner zu mahnen (vgl. § 11 N 22). Entbehrlich ist aber die Fristansetzung (Oser/Schönenberger Art. 108 N 3).

— infolge der Erfüllungsverweigerung — ohne Mahnung und ohne Nachfrist.

b) Nach Oser/Schönenberger, Göschke, Biedermann, Vetsch, Voser und Hürlimann kann der Schuldner die Erfüllungsverweigerung bis zur Fälligkeit jederzeit widerrufen. Hatte sich aber der Gläubiger bereits auf die Nichterfüllung eingerichtet, so wird der Schuldner, auch wenn er bei Fälligkeit leistet, ersatzpflichtig für den dadurch entstandenen Schaden; u. U. ist der Gläubiger zum Rücktritt berechtigt, wobei allerdings nicht gesagt wird, unter welchen Umständen [28]).

c) Lemp und Gujer endlich vertreten die Ansicht, dass der Gläubiger nach erklärter Weigerung ohne den Fälligkeitstermin abzuwarten nach OR 107 vorgehen kann, wobei Lemp die unverzügliche Verzichterklärung nach Empfang der Weigerung verlangt.

2. Die Stellungnahme der Praxis.

Nach der älteren Gerichtspraxis kann die Erklärung des einen Kontrahenten, dass er den Vertrag nicht halten werde «an sich ... kein Rücktrittsrecht begründen» [29]). Die Verpflichtung des Schuldners bestehe nur in der Erbringung der ihm nach Vertrag obliegenden Leistungen, «und nicht in der Unterlassung von Aeusserungen, durch welche die Rechtsverbindlichkeit des Vertrages bestritten wird» [30]). Die Erklärung, der Vertrag sei nicht zustande gekommen, bedeute, auch wenn sie zu Unrecht erfolgte, noch keinen Vertragsbruch [31]). Das Recht, den Vertrag aufzuheben, entsteht erst nach Eintritt des Erfüllungsverzuges und nicht vor Fälligkeit der Leistung [32]).

Eine grundsätzlich andere Auffassung wird erstmals in einem Entscheid des bernischen Obergerichtes vom 26. 4. 1919 (ZBJV 55 512, vgl. JZ 17 Nr. 5 11) [33]) vertreten. Dieser Entscheid behandelt die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als positive Vertragsverletzung, die dem Gläubiger das Recht zum Vorgehen vor Fälligkeit einräumt. Der bernischen folgte im Jahre 1942 die zürcherische

28) Vermutlich haben sie vor allem den Fall im Auge, wo der Gläubiger — auch im Interesse des Schuldners — sich bei steigenden Preisen auf die Erfüllungsverweigerung hin eingedeckt hat.

29) BlZüR 5 Nr. 197, 316, 7 Nr. 62 134, 8 Nr. 176 312/13 (315), 4 Nr. 185 299/300, 1 Nr. 53 67; 3 Nr. 1 2, Nr. 37 55; BGE 23 1789, 28 II 270, 40 II 139.

30) BlZüR 5 Nr. 197 316.

31) Den Begriff «Vertragsbruch» kennen weder das OR noch das BGB. Wir finden ihn im englischen Recht : «Breach of contract» ist jede Zuwiderhandlung einer Vertragspartei gegen ihre vertraglichen Pflichten. Im Besonderen umfasst es neben dem «actual breach», das stattfindet zur Zeit der Vertragserfüllung, auch das «anticipatory (oder constructive) breach».Vgl. Neu Unmöglichkeit der Leistung im anglo-amerikanischen Recht Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht Stuttgart Heft 4 82 83.

32) BlZüR 11 Nr. 1 3, 15 Nr. 130 236; JZ 37 30.

33) Vgl. ZBJV 48 220.

Rechtssprechung [34]) und ein Jahr später schloss sich auch das Bundesgericht dieser Ansicht an [35]).

In Uebereinstimmung mit der deutschen Doktrin und Praxis fordern auch die schweizerischen Gerichte neben der eigenen Erfüllungsbereitschaft des Gläubigers als Voraussetzung für die Ausübung der Gläubigerrechte eine ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung im Sinne der Ausführungen im vorhergehenden Paragraphen [36]), d. h. «einen Verstoss gegen die Vertragspflichten, der so schwer wiegt, dass dem Gegner die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann» [37]). Die Beantwortung der Frage, ob diese Rechte in Analogie zu OR 97 oder OR 107/109 auszuüben seien, wird mit Recht dem Einzelfall überlassen. Praktisch ist sie bezüglich der dem Gläubiger zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe nicht sehr wichtig, da wir ja gesehen haben [38]), dass auch der Unmöglichkeitsgläubiger die Wahl zwischen der zweiten und dritten Variante hat.

§ 12 Die analoge Anwendung von OR 107 ff. auf die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung.

An und für sich hat die grundlose Weigerung des einen Vertragspartners, den Vertrag nicht erfüllen zu wollen, keinen Einfluss auf die Weiterexistenz der Vertragspflichten beider Parteien. Der Schuldner kann trotz seiner Erklärung gültig erfüllen und auch der Gläubiger ist verpflichtet, die Leistung anzunehmen. Wenn der vertragstreue Gläubiger die durch die definitive Erfüllungsverweigerung hervorgerufene ungewisse Situation beseitigen will, dann muss er u. E. in analoger Anwendung der Verzugsregeln gegen den Schuldner vorgehen. Was darunter zu verstehen ist, werden wir in den folgenden Ausführungen darlegen.

I. Die Entbehrlichkeit der Mahnung und Fristansetzung im Sinne des Verzugsrechtes.

Aus dem Zweck der Mahnung und Fristansetzung ergibt sich, dass die Anwendung dieser beiden Rechtsbehelfe im Falle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit überflüssig ist.

34) BlZüR 40 Nr. 114 293.
35) BGE 69 II 244.
36) Vgl. § 10.
37) BlZüR 40 Nr. 114 305.
38) Vgl. § 3 II.

Die Mahnung ist, wie bereits festgestellt [1]), eine Kundgabe des Gläubigers an den Schuldner die fällige Leistung zu vollziehen. Der die Erfüllung verweigernde Schuldner will aber überhaupt nicht leisten. Die Mahnung wäre somit ein unnützer Formalakt. Das gleiche gilt von der Fristansetzung, die einerseits eine Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner ist, die begonnene Leistung zu vollenden und andererseits eine Warnung sein soll durch welche das Schuldverhältnis auf die Schneide gesetzt wird [2]). OR 108 Ziff. 1 bestimmt, dass die Ansetzung einer Frist zur nachträglichen Erfüllung dann nicht mehr erforderlich sei, wenn nach Verzugseintritt aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass sie sich als unnütz erweisen würde. Nur wenige Autoren betrachten auch bei der Erfüllungsverweigerung die Fristansetzung als unentbehrlich. So fordert z. B. Stoll bei vorsätzlicher Leistungsgefährdung eine Klarstellung durch Fristansetzung, da das sofortige Vorgehen des Gläubigers eine für den allgemeinen Rechtsverkehr zu scharfe Waffe sei [3]). Nach unserer Ansicht bedarf es aber gerade im Falle der definitiven Erfüllungsverweigerung keiner Klarstellung. Wenn die Erfüllungsverweigerung wirklich eine Willens- und nicht nur eine Ansichtsäusserung ist, dann erhält der Gläubiger aus dieser erklärten Absicht des Schuldners über sein zukünftiges Verhalten die nicht mehr klarzustellende Gewissheit, dass er die Leistung nicht erhalten werde. In diesem Sinne auch der Entscheid in BlZüR 40 Nr. 114 302/03, nach welchem die Erfüllungsverweigerung gewöhnlich den Abschluss lebhafter und streitbarer Korrespondenz bildet und schon rein äusserlich den Stempel der Ernstlichkeit trägt. Für die Endgültigkeit der Erklärung spricht auch schon der Umstand, dass die meisten Menschen erst dann Entschlüsse mitteilen (vielfach erst dann fassen), wenn sie eine unmittelbare Veranlassung dazu haben : «Wer die Erfüllung schon verweigert, bevor die Fälligkeit seiner Verpflichtung eine Nötigung auf ihn ausübt, zu erfüllen, bevor sie ihn vor die Absicht stellt, entweder dieser Alternative nachzugeben oder ihr offen zuwiderhandeln, handelt offenbar in vollem Vorbedacht und mit dem Willen, seine Entschliessung nicht mehr zu ändern» (BlZüR 40 a. a. O.). Selbstverständlich muss für den Gläubiger die Erfolglosigkeit der Fristansetzung von vornherein feststehen. d. h. er muss sicher sein, dass die Fristansetzung nicht zum Ziele führen werde, m. a. W. dass die Erfüllungsverweigerung eine ernstliche im vorne umschriebenen Sinne ist [4]). Bestehen nach seiner Ansicht nur Zweifel am Erfüllungswillen des Schuldners (vgl.vorne § 10 I 1 die Fälle der nicht endgültigen Erfüllungsverweigerung), dann wird er entweder

1) Vgl. § 5 II.
2) Vgl. § 7 N 20.
3) Stoll Leistungsstörungen 53.
4) Vgl. § 10 I 2.

den Fälligkeitstermin abwarten müssen oder — bei Vorliegen berechtigter Interessen an der sofortigen Klarstellung — dem Schuldner eine Ueberlegungsfrist gewähren innerhalb welcher er eine verbindliche Erklärung — eine endgültige Antwort — über seine Erfüllungsbereitschaft abzugeben hat [5]). Das Schweigen des Schuldners auf eine solche kurzfristige imperative Aufforderung zur Stellungnahme wäre dann als endgültige Erfüllungsverweigerung, als Festhalten an der bisherigen Erklärung und nicht als Antwortverschiebung zu verstehen [6]). Romeick fordert diese nicht mit der Fristansetzung im Sinne von OR 107 zu verwechselnde [7]) Ueberlegungsfrist für jeden Fall der Erfüllungsverweigerung. Der Gläubiger dürfe gegen den die Erfüllung verweigernden Schuldner erst vorgehen, wenn letzterer trotz der ihm zugestandenen Ueberlegungsfrist auf Ablehnung beharrt oder schweigt [8]). Nach diesem Autor wäre somit als endgültige Erfüllungsverweigerung nur eine vom Schuldner nach Rückfrage durch den Gläubiger bestätigte anzusehen. Eine solche Ueberlegungsfrist ist aber aus den genau gleichen Gründen überflüssig, welche die Fristansetzung im Sinne von OR 107 überflüssig machen.

II. Die Notwendigkeit der unverzüglichen Verzichterklärung nach OR 107 [9]).

Nach BGE 76 II 303 ist der unverzügliche Verzicht auf Realerfüllung nur notwendig, wenn dem Gläubiger überhaupt noch die Wahl zwischen allen ihm vom Gesetz gebotenen Rechtsbehelfen offen stehe. Dies sei dann nicht der Fall, wenn sich der Schuldner so verhalte, dass dem Gläubiger die Möglichkeit genommen werde, Erfüllung zu verlangen, der Gläubiger also gar nicht mehr die Wahl habe zwischen Erfüllung und Verzicht auf Erfüllung: «Das trifft insbesondere dann zu, wenn der Schuldner die bestimmte Erklärung abgegeben hat, die Erfüllung zu verweigern. Dann darf er nicht nachträglich den Standpunkt einnehmen, der Gläubiger sei mangels sofortiger Ausübung des Wahlrechts auf den vorneherein aussichtslosen Weg der Erfüllungsklage angewiesen. Eine solch widerspruchsvolle Haltung berechtigt den Gläubiger, die Einrede der Verspätung der Verzichterklärung durch den Schuldner als gegen die gute Treue verstossend zurückzuweisen» [10]). Nach

5) Vgl. Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 86 a. E.
6) BGE 27 II 265; BlZüR 5 Nr. 176 244.
7) Wenn auch nicht zu verkennen ist, dass dieser Ueberlegungsfrist die eine Funktion der Nachfrist, nämlich die Warnung des Schuldners, eigen ist.
8) Romeick 88/89.
9) Vgl. § 7 III 3.
10) BGE 76 II 301.

unserer Ansicht ist nur ausnahmsweise von der Annahme der Aussichtslosigkeit der Erfüllungsklage auszugehen, nämlich dann, wenn der Gläubiger Kenntnis von der objektiven oder subjektiven Unmöglichkeit der Leistung hat. Bei dieser Sachlage rechtfertigt sich dann die analoge Anwendung der Unmöglichkeitsregeln [11]). In der Regel ist es aber so, dass der Schuldner nicht leisten w i l l obwohl er leisten k a n n und ohne nachteilige Folgen auch leisten darf. Schweigt somit der Gläubiger nach erfolgter Erfüllungsverweigerung, so heisst das, dass er das Verhalten des Schuldners nicht als Gefährdung aufgefasst habe.

Wenn nun der Schuldner trotzdem zur Zeit der Fälligkeit leistet, so ist der Gläubiger zur Annahme der Leistung verpflichtet. Deshalb ist nach unserer Ansicht des Schuldners Einrede der Nichtabgabe der Verzichterklärung zu schützen. Bis zum Zeitpunkt der die Weichenstellung vornehmenden Abgabe der Verzichterklärung, durch welche das Schuldverhältnis umgestaltet wird, bleibt alles in der Schwebe. Ferner ist zu bemerken, dass immerhin ein Verstoss gegen den Sinn der Analogie vorliegt, wenn einerseits eine Gesetzesbestimmung — in casu OR 107 — zur Lösung eines ähnlichen Interessenkonflikts herangezogen und andererseits gerade die zentrale Bestimmung dieser gesetzlichen Vorschrift — die Abgabe der Verzichterklärung — als entbehrlich erachtet wird. Die bundesgerichtliche Rechtssprechung [12]) wurde in der Folge von der zürcherischen kritisiert. In BlZüR 40 Nr. 114 307 wird ausgeführt, dass die Auffassung unrichtig sei, wonach die endgültige Erfüllungsverweigerung die Realerfüllung unmöglich mache und das Wahlrecht des Gläubigers auf die übrigen Rechtsbehelfe konzentriere : «Unmöglich wird die Leistung nicht schon durch die endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners, sondern erst dann, wenn alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mittel, den renitenten Schuldner zur Erbringung der geschuldeten Leistung zu zwingen, vom Gläubiger angewendet worden, aber ohne Erfolg geblieben sind. Bis dahin steht dem Gläubiger die Wahl zwichen allen Rechtsbehelfen des Art. 107 Abs. 2 OR offen, und er muss — ausdrücklich oder konkludent — erklären, welchen er wählt» [13]).

Auf die für den Gläubiger sich ergebenden Konsequenzen aus

11) Ob sich die Analogie im Falle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit auf OR 107 (insbesondere OR 108 Ziff. 1) oder auf OR 97 zu stützen hat, ist praktisch unerheblich; denn die Unmöglichkeitsfolgen unterscheiden sich von den Verzugsfolgen nur durch die Nachfristansetzung. Wo diese — auch nach Verzugsrecht — nicht notwendig ist, wie hier, sind die Folgen die gleichen, sobald der Gläubiger seine Konsequenzen aus der Erfüllungsverweigerung gezogen hat. Vorher steht dem Verzugsgläubiger, anders als dem Unmöglichkeitsgläubiger, natürlich noch die Erfüllungsklage zur Verfügung.

12) BGE 48 II 22, 54 II 32.

13) Vgl. Göschke ZBJV 60 79.

der Nichtabgabe der Verzichterklärung wurde schon vorne hingewiesen [14]). Auch im Falle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit kann der Gläubiger die Rechte aus OR 107 verwirken, wenn er die Verzichterklärung ungebührlich lang hinausschiebt und der Schuldner das mit Treu und Glauben unvereinbare Verhalten des Gläubigers als Verzicht auffassen musste [15]), oder der Gläubiger positive Handlungen vornahm, die vom Schuldner so aufgefasst werden konnten und durften, dass trotz Erfüllungsverweigerung an der Realisierung des Vertrages festgehalten werde [16]).

Ergebnis: auch die endgültige Erfüllungsverweigerung bleibt grundsätzlich widerruflich, sei es in Form einer Gegenerklärung oder durch konkludentes Verhalten zur Zeit der Fälligkeit, wenn der Gläubiger seine Verzichterklärung nicht abgegeben hat [17]). Aus dem freien Bereich der Widerruflichkeit wird die definitive Erfüllungsverweigerung erst durch die nicht ungebührlich spät erfolgte Abgabe der Verzichterklärung herausgehoben. Die Abgabe der Verzichterklärung ist auch dann nicht entbehrlich, wenn neben der qualifizierten Erfüllungsverweigerung eine nachweisbare Zwangslage des Gläubigers vorliegt. Die Verzichterklärung ist das eigentliche Kernstück des Art. 107 OR und die gleiche Bedeutung kommt ihr auch zu, wenn der Gläubiger im Falle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit diesen Artikel anzuwenden berechtigt ist.

III. Die engere Wahlerklärung nach OR 107.

Die Partei, deren Vertragsgegner vorzeitig erklärt, er werde den Vertrag nicht erfüllen, kann entweder auf Erfüllung beharren — dann aber nicht Schadenersatz wegen Verspätung verlangen, da die Verpflichtung des Gegners noch nicht fällig ist — oder auf die nachträgliche Erfüllung verzichten und an ihrer Stelle Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen [18]) — sei es unter Fortbestand oder Aufhebung der Verpflichtung zur Gegenleistung (Austausch-/Differenztheorie) — oder vom Vertrag zurücktreten und das negative Vertragsinteresse geltend machen [19]). Auch im Falle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit muss der nach OR 107 gegen den Schuldner vorgehende Gläubiger bis zur Wahlanzeige erfüllungsbereit sein [20]).

14) Vgl. § 7 III 3.
15) BlZüR 40 Nr. 92 240; RG 88 262, 91 347.
16) LZ 1912 Nr. 4 927.
17) Vgl. Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 185 a. E.
18) Auch hier gilt OR 119, wenn der Gläubiger die zweite Variante wählt und der Schuldner sich exkulpieren kann. Vgl. § 7 IV 2.
19) BGE 69 II 121.
20) BlZüR 40 Nr. 92 240/41.

Schon vorne wurde erwähnt, dass auch im bürgerlichen Verkehr der Schaden konkret und abstrakt berechnet werden kann [21]). Die für diese Schadensberechnungen geltenden Grundsätze hat Lemp ausführlich dargestellt [22]). Die Kontroverse, ob der Zeitpunkt der Verzichterklärung für die Schadensberechnung massgebend ist oder nicht [23]), fällt, da die Fristansetzung entbehrlich ist, dahin. Der Schaden bemisst sich nach dem Werte des untergehenden Erfüllungsanspruchs.

1. Wählt der Gläubiger im Falle ernstlicher Erfüllungsverweigerung die abstrakte Schadensberechnung, dann ist der Zeitpunkt der Erfüllungsablehnung und nicht derjenige der Erfüllungsverweigerung massgebend [24]). Als Schadenersatzfaktor kommt der Wert in Betracht, den der Anspruch auf Lieferung der Ware im Moment der Vertragsauflösung für den Gläubiger besass [25]). Auf diesen Zeitpunkt ist die Differenz zwischen Vertrags- und Marktpreis zu berechnen [26]). Der Zeitpunkt der Erfüllungsverweigerung muss nur ausnahmsweise der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden: «Nur wenn beim Schuldner die Meinung aufkommen durfte, der Gläubiger habe stillschweigend auf Erfüllung verzichtet, während der Marktpreis der Leistung ständig stieg, wäre es rechtsmissbräuchlich, den Schaden nach einem späteren Zeitpunkt als dem der Erfüllungsverweigerung zu berechnen» [27]).

2. Wählt der Gläubiger für die Berechnung seines Schadens die konkrete Methode — Differenz zwischen dem ursprünglich verabredeten Vertragspreis und demjenigen, um welchen Ersatz zu den günstigsten Bedingungen beschafft wurde — [28]), dann muss er das Deckungsgeschäft innerhalb angemessener Frist nach Abgabe der Verzichterklärung vornehmen. Der Gläubiger handelt auf eigene Gefahr, wenn er vor der Verzichterklärung ein Dekkungsgeschäft vornimmt [29]).

3. Für die Festsetzung des Schadens gelten die allgemeinen Grundsätze (OR 42 II). Der Richter darf «bei der Beurteilung des entgangenen Gewinns weder in kleinlicher Engherzigkeit nur solche Gewinne berücksichtigen, welche ohne das schädliche Ereignis eingetreten wären (was selten nachgewiesen werden könnte),

21) Vgl. § 7 IV 2 a. E.
22) Lemp 165-198.
23) Vgl. § 7 N 121.
24) Vgl. RG 91 30, 103 293; Staudinger/Werner II § 326 519, Staub/Heinichen Anh. zu § 374 N 199, Erman/Goerke § 326 485, JW 1927 2290.
25) BlZüR 11 Nr. 168 335.
26) BlZüR 20 Nr. 102 199, 19 Nr. 40 70; Lemp 178/79.
27) Lemp 179; vgl. Recht 1919 Beilage Nr. 233.
28) Vgl. BGE 16 164, 35 II 237, 38 II 125, 43 II 223; BlZüR 19 Nr. 100 191; RG 4 69, 7 44, 52 151.
29) Vgl. RG 52 154, 102 349.

noch darf er den oft sanguinisch gefärbten Gewinnberechnungen des Klägers ohne weiteres Glauben schenken» [30]).

4. Ob der Gläubiger nach erfolgter Erfüllungsverweigerung von seinem zunächst geltend gemachten Erfüllungsanspruch abgehen kann, ist nach den vorne gemachten Ausführungen über das Beharren auf Realexekution nach Ablauf der Frist zu beurteilen [31]), d. h. der Gläubiger, der Realerfüllung verlangt, bindet sich durch seine Erklärung. Er darf sich also nicht anschliessend eindecken. Es ist ja möglich, dass der Schuldner nun doch noch Anstalten trifft, zu liefern. Deshalb muss der Gläubiger, der von seiner Erklärung, er beharre auf Realerfüllung, abgehen will, dem Schuldner unter Ansetzung einer Frist diesen Verzicht mitteilen. Zu dieser Schuldnerschonung ist er nach Treu und Glauben verpflichtet.

§ 13. Ergebis

I. In den Paragraphen 2 - 5 des ersten Teils unserer Arbeit wurden die verschiedenen Erscheinungsformen der Unmöglichkeit der Leistung dargestellt. Zusammenfassend halten wir fest, dass nach schweizerischer Doktrin und Praxis die Verantwortlichkeit des sich verpflichtenden Schuldners nach einem strengen Masstab zu beurteilen ist. Der Gläubiger muss sich zur Zeit des Vertragsschlusses auf die Bewirkung der Leistung zur Zeit der Fälligkeit verlassen können. Nur die Leistungsbewirkung befreit den Schuldner. Klagt der Gläubiger auf Vornahme der Leistung, dann verurteilt das Gericht den Schuldner zu erfüllen, zu liefern, zu leisten. Der Umfang der Bemühungen des Schuldners, sich die Leistung zu verschaffen, interessiert den Gläubiger nicht. Das ist ausschliesslich Sache des Schuldners, der im Zeitpunkt der Schuldbegründung wissen muss, was ihm möglich ist. Deshalb ist der Schuldner nur in Ausnahmefällen von der Erfüllung seiner vertraglich übernommenen Verpflichtungen zu befreien. Schuldnerschonung ist nur dann gerechtfertigt, wenn abnormale, schuldlos nicht voraussehbare und auf den Betrieb des Schuldners empfindlich einwirkende Aenderungen des Wirtschaftslebens vorliegen.

II. In den Paragraphen 5 - 8 war von den harten und scharfen Waffen in Art. 107 OR die Rede. Dabei wurde festgestellt, dass die nach Fristablauf abgegebene Verzichterklärung, durch welche das Schuldverhältnis umgewandelt wird, das eigentliche Kernstück dieses Artikels sei. Bis zur Verzichterklärung kann der Gläubiger immer noch Erfüllung nebst Schadenersatz wegen Verspätung ver-

30) v. Tuhr/Siegwart I 92.
31) Vgl. § 7 II 7 a. E.

langen (erste Variante). Ferner ist er nach herrschender Praxis nicht verpflichtet, mit der Verzichterklärung die zweite oder dritte Variante des dreifachen Wahlrechts zu verbinden. Das weitere Vorgehen im einzelnen kann er auf einen späteren Zeitpunkt verschieben. Die kantonale Gerichtspraxis gewährt dem Gläubiger noch einen weiteren Vorteil, indem sie ihm den Entscheid überlässt, ob er seinen Anspruch nach der Austausch- oder Differenztheorie geltend machen will. Es wäre zu begrüssen, wenn die bundesgerichtliche Praxis, die ja konsequent die Gläubigerinteressen in den Vordergrund stellt, der kantonalen Praxis folgen würde.

III. In den Paragraphen 8 - 10 des zweiten Teils wurde die dritte Vertragsverletzung, die nicht gehörige Erfüllung nach OR 97, behandelt. Die nicht gehörige Erfüllung besteht in der Verletzung sämtlicher nicht anderswo im Gesetz geregelten Verhaltenspflichten, die vom Zeitpunkt der Entstehung des Vertrages bis zu jenem der vollständigen Erledigung der vertraglichen Bindung zu beachten sind.

IV. In den Paragraphen 10 ff. unserer Arbeit befassten wir uns mit der Erfüllungsverweigerung der Leistung vor Fälligkeit.

Unsere Gerichtspraxis behandelt die definitiv erklärte Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung [1]). Der vertragstreue Gläubiger kann unter analoger Anwendung der Verzugsregeln vor Fälligkeit auf das Vertragsverhältnis einwirken, wobei Mahnung und Fristansetzung, wenn deren Aussichtslosigkeit zur Zeit der Weigerung feststehen, entbehrlich sind. Hingegen darf der Schuldner trotz erklärter Erfüllungsverweigerung und zwar ohne nachteilige Folgen zur Zeit der Fälligkeit leisten, wenn der Gläubiger nicht den Verzicht im Sinne von OR 107 erklärt hat.

V. Der Streit über den Zeitpunkt der Schadensberechnung im Falle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Leistung fällt, da die Fristansetzung entbehrlich ist, dahin (vgl. § 12 III).

1) Wenn für die Bezeichnung des gesetzlich nicht geregelten Tatbestandes der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit der Begriff der sonst für unser Recht entbehrlichen positiven Vertragsverletzung herangezogen wird, so ist dagegen nichts einzuwenden. Statt von positiver Vertragsverletzung könnte auch von unechtem, atypischem, antizipiertem oder vordatiertem Verzug gesprochen werden.

LITERATUR

BECKER : Kommentar zum Obligationenrecht VI (2. A. Bern 1941). Zit. Becker.

BIEDERMANN, Ernst : Der Rücktritt vom zweiseitigen Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht (Diss. Leipzig 1909). Zit. Biedermann.

BLASS, Robert : Das Wahlrecht nach Art. 107 OR Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich) 14 81 ff. Zit. Blass.

BOEHMER, Gustav : Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II 1 (Tübingen 1951). Zit. Boehmer.

BOSSHARDT,Oskar : Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107. 109) Schweizerische Juristenzeitung (Zürich) 30 81 ff. Zit. Bosshardt.

BOVAY, Henri : Essence de la demeure. Receuil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la société des juristes à Lausanne, du 9 au 11 septembre 1934 (Lausanne 1934). Zit. Bovay.

BRECHT,Arn.: System der Vertragshaftung (Unmöglichkeit der Leistung, positive Vertragsverletzung und Verzug) Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 53 213 ff. Zit. Brecht JhJ 53.

— Die einfache und wiederholte positive Vertragsverletzung a. a. O. 54 82 ff. Zit. Brecht JhJ 54.

BREITLER, Artur: Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung in der modernen Theorie und Praxis (Diss. Basel 1936). Zit. Breitler.

BÜERGI, Wolfhart : Ursprung und Bedeutung der Begriffe «Treu und Glauben» und «Billigkeit» im schweizerischen Zivilrecht (Diss. Bern 1939). Zit. Bürgi.

CLAPARÈDE, H.: Beiträge zum Leistungsverzug mit besonderer Berücksichtigung des BGB und des OR I (Genf 1903). Zit. Claparède.

COMMENT, Albert : De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, Art. 107—109 C. O. (Thèse Berne 1924). Zit. Comment.

DAEPPEN : Bundesgerichtspraxis zum Obligationsrecht (Zürich 1936). Zit. Daeppen.

DENNECKE/OEGG : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Berlin 1953). Zit. RGR Komm. z. BGB.

DUERINGER,HACHENBURG/WERNER :Das Handelsgesetzbuch (3. A. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932). Zit. Düringer/Hachenburg.

ENDEMANN : Recht der Schuldverhältnisse I 2 (Berlin 1903). Zit. Endemann.

ENNECCERUS/LEHMANN : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II (14. A. Tübingen 1954). Zit. Enneccerus/Lehmann.

ERMAN/GOERKE : Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Münster/Westf. 1952). Zit. Erman/Goerke.

FREITAG : Schlechterfüllung und Schlechterbringung Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts Heft 18 (Breslau 1942) Zit. Freitag SEBR.

FRITZ, Paul : Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners Archiv für zivilistische Praxis (Tübingen) 134 (NF 14) 197 ff. Zit. Fritz AZP 134 (NF 14).

GOESCHKE, R.: Ueber Art. 107 bis 109 OR Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Biel) 60 14 ff., 68 ff. Zit. Göschke ZBJV 60.

GUHL, Theo : Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels-, Wechsels- und Versicherungsrechts (4. A. Zürich 1948). Zit. Guhl.

— Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Verzug des Schuldners nach schweizerischem Obligationenrecht. Festgabe für Carl Wieland zum 70. Geburtstag. Herausgegeben von der juristischen Fakultät der Universität Basel (Basel 1934) 134 ff. Zit. Guhl Festgabe für Wieland.

GUJER, Hans : Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche hierüber (Diss. Zürich 1947). Zit. Gujer.

HECK, Philipp : Grundriss des Schuldrechts (Tübingen 1929). Zit. Heck.

HEDEMANN, J. W.: Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (3. A. Berlin 1949). Zit. Hedemann.
— Die Flucht in die Generalklauseln Eine Gefahr für Recht und Staat (Tübingen 1933). Zit. Hedemann Generalklauseln.
HENLE : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II Schuldrecht (Rostock 1934). Zit. Henle.
HIMMELSCHEIN : Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen Archiv für zivilistische Praxis (Tübingen) 135 (NF 15) 253 ff. Zit. Himmelschein AZP 135 (NF 15).
HONEGGER, Eduard : Ueber das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht (Diss. Zürich 1926). Zit. Honegger.
HUERLIMANN, Hans : Der Sukzessivlieferungskaufvertrag (Diss. Bern 1940). Zit. Hürlimann.
KEGEL, Gerhard : Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn ? Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag. Zit. Kegel Gutachten.
KELLER, Max : Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse (Diss. Zürich 1949). Zit. Keller.
KISCH, Wilhelm : Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des deutschen Reiches VII 2 (Jena 1900). Zit. Kisch APC VII (2).
KLEINEIDAM, Feodor : Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des deutschen Reiches VII 1 (Jena 1900). Zit. Kleineidam APC VII (1).
KOHLER, Josef : Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II (Berlin 1906). Zit. Kohler.
KRESS, Hugo : Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts (München 1929). Zit. Kress.
LARENZ, Karl : Vertrag und Unrecht I (Hamburg 1936). Zit. Larenz Vertrag und Unrecht.
— Lehrbuch des Schuldrechts I (München/Berlin 1953). Zit. Larenz.
LEHMANN, Heinrich : Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht Abhandlungen zum Privatprozess und Zivilprozess des deutschen Reiches XV 1 (München 1906) Zit. Lehmann Unterlassungspflicht.
LEMP, Paul : Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges (Diss. Bern 1938). Zit. Lemp.
LEONHARD, Franz : Allgemeines Schuldrecht des BGB 1 (München/Leipzig 1929). Zit. Leonhard.
MANIGK, Alfred : Das rechtswirksame Verhalten (Berlin 1939). Zit. Manigk.
MERZ, Hans : Revision der Verträge durch den Richter. Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 76 394 a ff. (Basel). Zit. Merz VSJ 76.
MODEL, Otto : Die positiven Vertragsverletzungen (Diss. Jena 1909). Zit. Model.
MUELLEREISERT, F. A.: Vertragslehre Der Schuldvertrag und der Haftungsvertrag (Stuttgart 1947). Zit. Müllereisert Vertragslehre.
OFTINGER, Karl : Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht Zeitschrift für schweizerisches Recht 57 (NF) 481 a ff. (Basel). Zit. Oftinger ZSR 57 (NF).
- Die krisenbedingten Veränderungen der Grundlagen bestehender Verträge Schweizerische Juristenzeitung 36 (Zürich) 329 ff. Zit. Oftinger JZ 36.
OSER/SCHOENENBERGER : Kommentar zum Obligationenrecht Allgemeiner Teil V (2. A. Zürich 1929). Zit. Oser/Schönenberger.
PAECH : Der Leistungsverzug Eine Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Berlin 1902). Zit. Paech.
PALANDT : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (München/Berlin 1951) Zit. Palandt.
PLANCK/STROHAL : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II (4. A. Berlin 1914). Zit. Planck/Strohal.

RABEL, Ernst : Das Recht des Warenkaufs I Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht. Sonderheft des neunten Jahrganges (Berlin und Leipzig 1936). Zit. Rabel Warenkauf.

ROMEICK : Zur Technik des BGB Heft 1 (Stuttgart 1901). Zit. Romeick.

SCHULZE, Walter : Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners. Ein Beitrag zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen (Diss. Leipzig 1934). Zit. Schulze.

SECRETAN, Roger : Des droits du vendeur contre l'acheteur en demeure, et en particulier, de la théorie dite de la différence appliquée aux ventes non commerciales Journal des Tribunaux I Nr. 2 (Lausanne 1947). Zit. Secrétan JT I.

SIEGWART, Alfred : Der Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis der schweizerischen Gerichte seit dem Kriege Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des schweizerischen Juristenvereins in Freiburg 29. und 30. September 1924 77 ff. Zit. Siegwart Festgabe Freiburg.

SIBER, Heinrich : Grundriss des Deutschen Bürgerlichen Rechts 2 Schuldrecht (Leipzig 1931). Zit. Siber.

SIMONIUS : Ueber den Ersatz des «aus dem Dahinfallen des Vertrages» erwachsenen Schadens Zeitschrift für schweizerisches Recht 59 (NF 37) 225 ff. (Basel). Zit. Simonius ZSR 59 (NF 37).

SOERGEL/BUETTEWEG : Bürgerliches Gesetzbuch I (Stuttgart/Köln 1952). Zit. Soergel.

SPIRO, Karl : Ueber den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts Basler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 25 (Basel). Zit. Spiro BSR.

STAUB, Hermann : Die positiven Vertragsverletzungen (Berlin 1904). Zweite Auflage von Ernst Müller 1913. Zit. Staub/Müller.

STAUB/HEINICHEN : Kommentar zum Handelsgesetzbuch III (14. A. Berlin 1941). Zit. Staub/Heinichen.

STAUDINGER/WERNER : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch II (9. A. Berlin/Leipzig 1930). Zit. Staudinger/Werner.

STOLL, Heinrich : Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen Archiv für zivilistische Praxis 136 (NF 16) 257 ff. (Heidelberg). Zit. Stoll AZP 136 (NF 16).

— Die Lehre von den Leistungsstörungen (Tübingen 1936). Zit. Stoll Leistungsstörungen.

— Vertrag und Unrecht I, II (Tübingen 1936). Zit. Stoll I. II.

TITZE, Heinrich : Bürgerliches Recht der Schuldverhältnisse (4. A. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1948). Zit. Titze.

v. TUHR/SIEGWART : Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I/II (2. A. Zürich 1942/43). Zit. v. Tuhr/Siegwart.

VETSCH, Gottlieb : Der Sukzessivlieferungsvertrag. Verzug, mangelhafte Erfüllung, Unmöglichkeit (Diss. Zürich 1924). Zit. Vetsch.

VOSER, Fritz : Der Schuldnerverzug im schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Zürich 1914). Zit. Voser.

WEGMANN, Rudolf : Vorsicht bei der Vereinbarung von Liefergarantien Schweizerische Juristen-Zeitung 49 (Zürich) 133 ff.

WIEMKEN, Helmuth : Rücktritt und Schadenersatz als Folge der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen (Diss. Basel 1931). Zit. Wiemken.

WUERDINGER, Hans : Theorie der schlichten Interessengemeinschaften Abhandlungen aus dem gesamten Handelsrecht, Bürgerlichen Recht und Konkursrecht Heft 1 (Hamburg 1934). Zit. Würdinger Interessengemeinschaften.

ZITELMANN, Ernst : Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Festgabe für Paul Krüger (Berlin 1911). Zit. Zitelmann Festgabe Krüger.

Weitere Literatur ist in den Anmerkungen zum Text angegeben.

ABKÜRZUNGEN

(vgl. auch die in den Literaturangaben)

BGH	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
BlZüR	Blätter für Zürcherische Rechtssprechung.
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung.
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (bearbeitet von Gruchot).
JW	Juristische Wochenschrift.
LZ	Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
Recht	Das Recht. Juristisches Zentralblatt für Praktiker.
RG	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
SeuffA	Seuffers Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
VAargR	Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtssprechung.